



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS MULTIDISCIPLINARES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E
CIDADANIA

CAIO FELIPE CAVALCANTE CATARCIONE DE CASTRO

ANALIDADE DE RISCO: A DOAÇÃO DE
SANGUE POR BICHAS EM JULGAMENTO NA ADI 5543

BRASÍLIA/DF
AGOSTO DE 2019



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS MULTIDISCIPLINARES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E
CIDADANIA

CAIO FELIPE CAVALCANTE CATARCIONE DE CASTRO

ANALIDADE DE RISCO: A DOAÇÃO DE
SANGUE POR BICHAS EM JULGAMENTO NA ADI 5543

Dissertação apresentada à Universidade de Brasília como requisito de obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos e Cidadania.

Área de concentração:

Linha de Pesquisa:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Débora Diniz Rodrigues.

BRASÍLIA

2019

CAIO FELIPE CAVALCANTE CATARCIONE DE CASTRO

**ANALIDADE DE RISCO: A DOAÇÃO DE
SANGUE POR BICHAS EM JULGAMENTO NA ADI 5543**

Dissertação apresentada à Universidade de Brasília como requisito de obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos e Cidadania.

Aprovado por:

Prof.^a Dr.^a Débora Diniz
(Universidade de Brasília - Orientadora)

Prof.^a Dr.^a Luciana Stoimenoff Brito
(Anis Bioética - Examinadora externa)

Prof. Dr. Wanderson Flor do Nascimento
(Universidade de Brasília - Examinadora interna)

Prof.^a Dr.^a Thays Almeida Monticelli
(Universidade Federal do Rio de Janeiro - Examinadora suplente)

Brasília, 16 de agosto de 2019.

“Perverso, mal amado, menino malvado, muito cuidado!
Má influência, péssima aparência, menino indecente, viado!

Não olhe nos seus olhos

Não creia no seu coração

Não beba do seu copo

Não tenha compaixão

Diga não à aberração

A placa de censura no meu rosto diz:

Não recomendado a sociedade

A tarja de conforto no meu corpo diz:

Não recomendado a sociedade”

(Não recomendado – Caio Prado)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Orunmilá, os olhos que tudo veem, aos Orixás pela energia e aos guardiões e orientadores nesse caminhar na terra.

À minha mãe, Ana Paula, por tudo, sempre. É pelo espelho de Oxum que percebo seus olhos doces. Sem você nenhuma ventura seria possível. “Eu sou cordão umbilical/Pra mim nunca 'tá bom/ O mel, a prata, o ouro e a rã/ Cabeça e coração/ Todo homem precisa de uma mãe” (Zeca Veloso).

Ao meu pai, Flávio José, pela leveza do som dedilhado ao violão no quarto ao lado e pelos beijos carinhosos pela manhã.

Aos meus avós, Zezé Catarcione, Durval Moraes e Dione Ramos, por todos os caminhos e possibilidades que surgiram de vocês. Obrigado pelos afetos compartilhados e abraços apertados.

Ao meu amig-irmão, Walter Desiderá Neto, por todos as aventuras do passado, pelos encontros no presente e pelos auxílios oportunos. Sem você talvez não tivesse saído. Volta logo. À Thays Monticelli, amiga da onça, que contribuiu desde a preparação para ingresso no mestrado até os momentos finais da dissertação. Amizade surgida em festa e que traz consigo a alegria nos reencontros.

À Profª Débora Diniz, a mulher mais inteligente e corajosa que já conheci. Admiro sua fibra, sua perspicácia e sua delicadeza. Obrigado por me mostrar o que é ciência e como o pensamento científico pode ser libertário.

À Matilha, grupo de notáveis, foi um desafio muito gostoso pensar com vocês.

Aos professores, servidores e colegas do PPGDH/UnB pela aventura do conhecimento.

À Larissa Isaac e Núria Macedo, minhas chefes queridas, pela compreensão e espírito de equipe. O apoio de vocês foi essencial. À toda equipe da Vara de Falências pelos ouvidos emprestados e o espírito coletivo.

À Irlanda Aglae, madrinha querida, por todo apoio e disponibilidade ao longo dos anos.

RESUMO

Esta dissertação investiga a restrição de doação de sangue por bichas no período de 12 (doze) meses após a última prática sexual, conforme previsão da Portaria nº 158 do Ministério da Saúde. A constitucionalidade da Portaria foi impugnada na ADI 5543, cujo julgamento se iniciou em outubro de 2017. Os cinco ministros que votaram entenderam que a restrição viola os princípios da igualdade/não-discriminação e da proporcionalidade, mas o julgamento foi interrompido após pedido de vista. Contudo, a janela imunológica foi constituída como o principal fator de risco transfusional e deverá ser observada pelos órgãos sanitários. A discussão sobre se o critério da portaria se refere a um grupo de risco ou uma prática de risco também esteve presente, consideradas as manifestações no sentido de que os HSH apresentariam risco acrescido de infecção ao HIV. A pesquisa de caráter exploratório tem o objetivo de compreender a narrativa de risco como reguladora das práticas anais entre bichas no contexto da doação de sangue. Para tanto, investigou-se os usos da categoria risco com janela imunológica por contágio anal no arquivo da ADI 5543 e analisou-se as narrativas de risco e analidade na restrição. A metodologia utilizada foi a pesquisa em arquivo, análise documental e revisão bibliográfica, a partir das discussões sobre risco e sexualidade no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Sob uma perspectiva *queer*, a vinculação do risco às práticas anais entre bichas reforça o recorte biopolítico dos corpos e de gênero entre bichas ativas e passivas, possibilitando a manutenção de estatuto biopolítico privilegiado de certos órgãos e sexualidades, relegando à homossexualidade a metáfora da analidade de risco: corpos aidéticos e precários, sem espaço discursivo na esfera política. Por outro lado, a analidade de risco enquanto uma metáfora crítica é forma de expressão da solidariedade ética LGBT enquanto mobilização política para discussão dos valores morais em disputa no espaço democrático.

Palavras-chave: sociedade de risco, doação de sangue, sexo anal, teoria *queer*, janela imunológica, HSH.

ABSTRACT

This dissertation investigates the deferral of blood donation by men who have sex with men -MSM within a 12 (twelve) month period, regulated by Ordinance n. 158 from the Ministry of Health. The constitutionality of the Ordinance was challenged in ADI 3343, which trial began in October, 2017. The five ministers who voted understood that the restriction violates the principles of equality/non-discrimination and proportionality, but the trial was interrupted after a request for revision. However, the immunological aspect was constituted as the main transfusion risk factor and should be observed by health agencies. Discussion of whether the ordinance criterion refers to a risk group or a risk practice was also present, considering that MSM would be at increased risk of HIV infection. This exploratory research aims to understand the risk narrative as regulators of anal practices between fagots in the context of blood donation. To this end, the use of the risk category with anal contagion immunological window in the ADI 5543 file was investigated and the narratives of risk and anal constraints was analyzed. The methodology used was archival research, document analysis and bibliographical review, discussions about risk and sexuality from the judgment by the Supreme Court. From a queer perspective, the linking of risk to anal practices between fagots reinforces the biopolitical clipping of bodies and gender between active and passive fagots, enabling maintenance of the privileged biopolitical status of certain organs and sexualities, relegating to homosexuality the metaphor of the anality of risk: aidetic and precarious bodies, with no discursive space in the political sphere. On the other hand, anality of risk as a critical metaphor is a way of expressing LGBT ethical solidarity as a political mobilization to discuss the moral values in dispute in the democratic space.

Key words: risk society, blood donation, anal sex, queer theory, immunological window, MSM.

RESÚMEN

Esa disertación investiga la restricción de la donación de sangre por parte de hombres que tienen sexo con hombres durante 12 (doce) meses, prevista en la Ordenanza Ministerial N° 158. La constitucionalidad de la Ordenanza fue cuestionada en ADI 5543, cuyo juicio comenzó en octubre de 2017. Los cinco ministros que votaron entendieron que la restricción viola los principios de igualdad / no discriminación y proporcionalidad, pero el juicio se detuvo después de una solicitud de opinión. Sin embargo, la ventana inmunológica se constituyó como el principal factor de riesgo de transfusión y debe ser observada por las agencias de salud. La discusión sobre si el criterio de la ordenanza se refiere a un grupo de riesgo o una práctica de riesgo también estuvo presente, considerando las manifestaciones de que los HSH tendrían un mayor riesgo de infección por VIH. La investigación exploratoria tiene como objetivo comprender el riesgo como regulador de las prácticas anales entre maricas en el contexto de la donación de sangre. La metodología utilizada fue la investigación de archivo, el análisis de documentos y la revisión bibliográfica, a partir de las discusiones sobre riesgo y sexualidad en la sentencia del Tribunal Supremo Federal. La investigación tiene la limitación de no haber utilizado datos epidemiológicos. Esa tesis investiga la restricción de la donación de sangre por parte de hombres que tienen sexo con hombres durante 12 (doce) meses, prevista en la Ordenanza Ministerial n° 158 del Ministerio de Salud. fue cuestionado en ADI 5543, cuyo juicio comenzó en octubre de 2017. Los cinco ministros que votaron encontraron que la restricción viola los principios de igualdad/no-discriminación y proporcionalidad, pero el juicio fue interrumpido después de una solicitud de opinión. Sin embargo, la ventana inmunológica se constituyó como el principal factor de riesgo de transfusión y debe ser observada por las agencias de salud. La discusión sobre si el criterio de la ordenanza se refiere a un grupo de riesgo o una práctica de riesgo también estuvo presente, considerando las manifestaciones de que los HSH tendrían un mayor riesgo de infección por VIH. La investigación exploratoria tiene como objetivo comprender el riesgo como regulador de las prácticas anales entre maricas en el contexto de la donación de sangre. La metodología utilizada fue la investigación de archivo, el análisis de documentos y la revisión bibliográfica, a partir de las discusiones sobre riesgo y sexualidad en la sentencia del Tribunal Supremo Federal. La investigación tiene la limitación de no haber utilizado datos epidemiológicos.

Palabras-clave: **sociedade de riesgo, donación de sangre, sexo anal, teoría queer, período de ventana inmunológica, HSH.**

Sumário

1 INTRODUÇÃO	9
1.1 As bichas	10
2 O CONFLITO LEGAL SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS	14
2.1 Introdução à Política Nacional de Hemoderivados	14
2.2 Notas introdutórias ao julgamento da ADI 5543	18
2.4 Pergunta e objetivos	24
2.5 Metodologia	24
3 OS CORPOS HOMOSSEXUAIS DIANTE DO RISCO EPIDÊMICO DO HIV	31
3.1 A modernidade e a sociedade de risco	31
3.1.1 Teoria crítica da sociedade de risco	39
3.2 A arquitetura política do corpo e a analidade das bichas	45
3.3 Os discursos sobre hiv e a população-chave HSH: do risco à vulnerabilidade	55
4 O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5543 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	70
4.1 Os riscos na janela imunológica para fins de doação de sangue	71
4.2 A etnografia da janela imunológica	83
4.3 A analidade de risco: caminhos para uma ética anal solidária	106
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	121
7 APÊNDICE	1

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

HIV/AIDS- Vírus da Imunodeficiência Humana/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

ABHH- Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular

ABRAFH- Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas

ADI- Ação Constitucional para Decretação de Inconstitucionalidade

ANADEF- Associação Nacional dos Defensores Públicos

Anvisa- Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CADIn/UnB- Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília

DPU- Defensoria Pública da União

Fiocruz- Fundação Oswaldo Cruz

HSH- homens que fazem sexo com homens

IBDCivil- Instituto Brasileiro de Direito Civil

IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família

MS- Ministério da Saúde

OAB- Ordem dos Advogados do Brasil

RDC- Resolução da Diretoria Colegiada

SINASAN- Sistema Nacional de Vigilância Sanitária

SUS- Sistema Único de Saúde

1 INTRODUÇÃO

A Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, foi publicada para regular os procedimentos técnicos em hemoterapia e elenca critérios de elegibilidade laboratoriais e clínicos para os potenciais doadores de sangue. Ao se candidatar à doação de sangue, o candidato deve ser submetido ao exame laboratorial para verificação de infecções no sangue e também ao exame clínico, entrevista realizada por profissional de saúde cujo objetivo é verificar as condições clínicas gerais e garantir a segurança do receptor e do doador. Dentre os critérios elencados pela norma, estão impossibilitados de doar sangue, nos 12 (doze) meses posteriores à prática sexual, os homens que tiveram relações sexuais com outros homens – HSH e as parceiras destes (art. 64, IV, d).

Esse dispositivo legal foi impugnado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5543, de autoria do Partido Socialista Brasileiro – PSB, sob fundamento de violação aos princípios da igualdade/não-discriminação e da proporcionalidade. O julgamento da ação teve início em outubro de 2017 e perdurou por três sessões plenárias, quando cinco ministros do Supremo Tribunal Federal proferiram seus votos. O julgamento foi suspenso após pedido de vista do ministro Gilmar Mendes e até o momento não foi novamente colocado em pauta. Durante o julgamento, discutiu-se sobre o período de janela imunológica e a sua importância para a segurança hemoterápica, bem como se o conteúdo da norma dispõe sobre grupos de risco ou práticas de risco. Além disso, a questão se a prática sexual anal entre homens que fazem sexo com homens apresenta fator de risco acrescido para infecções por HIV também foi motivo de apreciação dos julgadores.

Esta dissertação consiste em uma pesquisa exploratória voltada para analisar como essa narrativa sobre o risco está associada ao critério de seleção de doadores de sangue HSH no contexto da ADI 5543. Para compreender a narrativa de risco como uma imagem homofóbica pelas normas legais, a pesquisa foi desenvolvida a partir de três estratégias: análise documental, revisão de literatura e observação direta. O intuito é investigar os usos das narrativas de risco como janela imunológica na ADI 5543 e analisar as narrativas de risco e de analfabetismo nas restrições na política de hemoderivados.

A observação direta consistiu na presença em plenário quando do julgamento da ação, com a finalidade de examinar os fenômenos em debate pelos ministros,

notadamente no que toca à janela imunológica e a constitucionalidade da Portaria à luz dos princípios da igualdade/não-discriminação e da proporcionalidade. Por outro lado, a revisão de literatura buscou propiciar o diálogo entre a política pública e seus elementos sob a perspectiva da teoria *queer* de Paco Vidarte (2019) e Paul Preciado (2009). Por fim, a análise documental explorou as justificativas do Ministério da Saúde para a manutenção da constitucionalidade, bem como a transcrição dos votos dos ministros proferidos no julgamento da ação.

São três capítulos produzidos da combinação das técnicas descritas, que exploram as narrativas sobre os riscos implicados na transfusão de sangue e o risco da janela imunológica por contágio anal para fins da doação de sangue. O primeiro capítulo introduz a evolução legal da norma de vigilância sanitária e apresenta a construção narrativa utilizada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, além de apresentar a pergunta, objetivos de pesquisa e a metodologia. O segundo capítulo contém o referencial teórico da pesquisa: apresenta os conceitos de risco em Beck (2016a), da analidade (teoria *queer*) e faz um retrospecto da associação dos HSH ao HIV/AIDS em Parker (2000). O terceiro e último capítulo analisa a questão da segurança transfusional em contraste com a janela imunológica, bem como analisa os votos dos ministros e aborda a metáfora da analidade de risco.

1.1 As bichas

Após breve introdução do tema e sobre como as narrativas sobre o risco compõem a discussão no Supremo Tribunal Federal, distancio-me do que foi abordado em plenário para trazer definição terminológica do termo a ser utilizado para retratar a homossexualidade.

Inicialmente, coloco a minha preocupação com o impacto dos termos “bichas”, “ânus” ou até mesmo “cu” no leitor. Aprioristicamente pode-se pensar em uma definição vulgar, que acresce ao debate constitucional. No entanto, sigo pelo caminho teórico trazido por Paco Vidarte (2019) no sentido de que é necessário retomar a posição de poder para enunciar as práticas e as idiossincrasias que compõem o universo homossexual. Por isso, trago o vocabulário popular com a intenção de reapropriação dos termos em oposição ao sequestro das liberdades, inclusive para dar forma a uma voz própria que eleva o homossexual do nível do conflito.

Dito isso, a diferença vocabular no texto ao me referir ao homossexual, gay, como bicha se justifica na conotação homofóbica dos discursos ou quando são compreendidas formas de opressão nas quais estes estão submetidos, especialmente quando associadas ao corpo da bicha passiva, aos corpos dos soropositivos, ou da própria bicha aidética, corporificação dos estigmas sociais construídos ao longo dos anos. É uma tentativa de provocar a reflexão sobre as diversas camadas de violência, opressão e demais vulnerabilidades ao utilizar uma linguagem comumente utilizada para ofender no sentido da ética anal – analética, de uma potência política e discursiva (VIDARTE, 2019).

Portanto, utilizo-me dessa concepção de Vidarte (2019) como uma forma de desestabilizar o micropoder que afeta a cidadania da comunidade LGBT ao retomar a voz da minoria, daquele ser mais vulnerável e excluído. Nesse aspecto, evidencio se tratar de discursos e metáforas anteriores à discussão presente no Supremo Tribunal Federal. A propósito, falar sobre corpos precarizados também é importante para pensar como as relações raciais, de classe, de gênero e de sexualidade explicitam as estruturas de opressão que moldam as experiências dos indivíduos e reproduzem injustiças sociais entre gerações (COLLINS, 2017).

Nessa linha intelectual, a intenção é criar espaços de enunciação sobre suas próprias experiências e vivências, gerando um saber engajado em reapropriar as tecnologias de poder que os constituem como objeto de estudo. Não há espaço para culpa ou pedidos de respeito, pois a intenção é problematizar as ciências humanas como parte do dispositivo de controle que criou a categoria hetero-homossexual. A pretensão é expor a base racista e sexista que compõe a hermenêutica da ciência, substituindo o inquérito epidemiológico pela desconstrução das metáforas científicas, a cura individual substituída pela experimentação coletiva (PRECIADO, 2009).

Assim, deixo registrada talvez a minha primeira impressão sobre o que é ser homossexual. Na primeira metade da década de 1990, minha mãe tinha um amigo que já estava em estado avançado de AIDS. Abandonado pela família, César foi forçado a se mudar para a casa da irmã, que trabalhava fora e tinha uma filha da minha idade, algo como cinco ou seis anos. Naquele tempo, ficávamos vendo televisão ou brincando casualmente, exceto quando César ficava internado, quando minha mãe alternava turnos no hospital.

Falava-se abertamente que César era gay e que sofria de uma doença incurável que atingia muitas pessoas. Não me recordo bem das circunstâncias, mas eram comuns

momentos de choro. Com o passar do tempo, o estado de saúde se agravou e ele já não se animava em contar histórias ou jogar videogame. Não me lembro ao certo quando recebi a notícia do falecimento.

É importante mencionar como essa imagem do homossexual abandonado marcou a construção de minha subjetividade, especialmente porque a criança bicha que existia em mim ficou marcada por essas formas de cuidado antes mesmo de descobrir qual experiência de corpo eu teria e qual espaço social poderia então ocupar. A propósito, esse corpo precário, adoecido, também já ocupou lugares diversos das minhas memórias infantis: da capa de revista que anunciou a morte em vida de Cazusa, em 1989, às campanhas publicitárias que expuseram a morte de Kirby e o sofrimento de sua família em 1992.

Proponho, portanto, que deixemos de lado as narrativas da investigação epidemiológica que insistem em manter a figura do gay aidético. A proposta que trago da política anal serve para identificar os fluxos de poder constituintes dos corpos que convivem em sociedade. A enunciação do mundo não ocorre, então, na terceira pessoa do singular despida de interesse (eu cientista que fala do homossexual), mas na primeira pessoa do singular (EU - o *homo* produtor de ciência) e na segunda do plural (VÓS - os heterossexuais). Essa apropriação dos vocábulos afasta a constituição do sujeito abjeto, abrindo espaço para um novo contexto de enunciação e legitimação (PRECIADO, 2009).

Por isso, entendo possível a substituição semântica do termo bicha para abarcar a construção histórica do sujeito homossexual a partir de narrativas diversas daquelas presentes no discurso médico-científico. A homossexualidade seria retratada, então, como um regime político fabricado pelo mundo "normal", no qual não existe homossexualidade sem homofobia, ocupando espaços sociais históricos e políticos, personificados em indivíduos. Essa construção é importante por situar as bichas no contexto da expansão da AIDS como enfermidade cultural de massas que permitiu retóricas homofóbicas e eugênicas (PRECIADO, 2009).

O termo bicha é utilizado, portanto, para vocalizar concepções de mundo. Por outro lado, é também ferramenta para pensar a construção democrática a partir da bicha e não sobre o que pensam sobre ela e seus corpos. É uma proposta para construir um discurso à contramão e apresentar a bicha política que nem sempre faz sentido ao poder: “que desistam de compreender, não há nada a explicar a eles” (VIDARTE, 2019, p. 69).

Ademais, não alterei a construção vocabular dos ministros ou dos termos utilizados pelo Ministério da Saúde ou da Anvisa, mantendo a realidade terminológica presentes nos discursos, especificamente porque o termo homens que fazem sexo com homens também faz parte da construção teórica, conforme adentrarei no segundo capítulo. Por fim, utilizo esses vocábulos em minhas reflexões justamente como forma de liberar novos sentidos à existência política e social das bichas para além de sujeitos precários e estigmatizados, dizendo que corporificação, gênero e o que somos para o mundo importa.

2 O CONFLITO LEGAL SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS

O presente trabalho apresenta uma pesquisa qualitativa de caráter exploratório voltada para compreender a concepção de risco que envolve a prática anal das bichas no contexto da doação de sangue. Para tanto, investiga a construção da categoria de risco por contágio anal por HIV no arquivo da ADI 5543, ação constitucional para decretação de inconstitucionalidade de portaria do Ministério da Saúde que proíbe a doação de sangue por homens gays. A disputa entre o risco epidemiológico e a prática de sexo anal permeou o julgamento no Supremo Tribunal Federal em 2017. Dentre as questões postas em debate no espaço constitucional, a liberação da doação de sangue por homens gays colocaria em risco a segurança da Política Nacional de Hemoderivados?

2.1 Introdução à Política Nacional de Hemoderivados

Por determinação constitucional, o Sistema Único de Saúde – SUS é o responsável por controlar e fiscalizar os procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de hemoderivados, além de executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica¹. O órgão federal responsável pelo SUS é o Ministério da Saúde, contando com auxílio de órgãos da administração pública direta e autarquias e fundações públicas da administração indireta (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa – e Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz), além da contribuição dos estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Entende-se como vigilância sanitária o conjunto de ações para eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde². A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, define o conceito de vigilância epidemiológica: conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores

¹ art. 200, I e II, respectivamente, da Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1988)

² art. 6º, §1º, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Brasil, 1990).

determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos³.

A Política Nacional de Sangue, Componentes e Derivados – SINASAN é executada pela Coordenação-Geral de Sangue e Derivados, vinculada à Secretaria de Atenção à Saúde – SAS, do Ministério da Saúde e é regulada pela Lei nº 10.225, de 15 de maio de 2001, conhecida como Lei do Sangue. Ao Ministério compete a formulação da Política Nacional do Sangue, Componentes e Hemoderivados; a elaboração e normatização técnica da área de hemoterapia e hematologia; a coordenação das ações na área de sangue e hemoderivados⁴, dentre outras atribuições (BRASIL,2001).

Para redefinir os procedimentos técnicos em hemoterapia, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016, regulamentando a atividade hemoterápica no país e elencando critérios de triagem clínica e laboratorial dos candidatos à doação de sangue. Segundo a portaria mencionada, a manutenção da cadeia produtiva do sangue depende dos valores voluntários e altruístas da sociedade para o ato da doação, devendo o candidato à doação de sangue ser atendido sob os princípios da universalidade, integralidade e equidade no âmbito do Sistema Único de Saúde⁵. A mesma portaria ainda determina que os serviços de hemoterapia também promoverão a melhoria da atenção e do acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor.

Nesse contexto, a Lei nº 9.782/99, de 26 de janeiro de 1999, define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Anvisa, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde. É competência da Anvisa a normatização, o controle e a fiscalização de produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde, além da definição da política e do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária⁶ (BRASIL,1999).

Para regular as boas práticas do ciclo de sangue, a Anvisa editou a Resolução da Diretoria Colegiada nº 134, de 11 de junho de 2014, doravante referenciada como RDC nº 34, com objetivo de estabelecer os requisitos a serem cumpridos pelos serviços de

³ art. 6º, §2º, da Lei nº 8.080/90

⁴ art. 4º, I, II e III, da Lei nº 10.225/01, respectivamente.

⁵ art. 2, §2º (BRASIL,2016)

⁶ art. 2º, III, I, II, da Lei nº 9.782/99, respectivamente.

hemoterapia que desenvolvam atividades relacionadas ao ciclo do sangue. A intenção é garantir a qualidade dos processos e dos produtos, além da redução dos riscos sanitários e transfusionais. Nesse regulamento consta que toda doação de sangue deve ser voluntária, anônima, altruísta e não remunerada, direta ou indiretamente, preservando-se o sigilo das informações prestadas (art. 20) (BRASIL, 2014).

A Seção II dessa norma discorre sobre alguns requisitos dos doadores, como o registro necessário para acessar o serviço e a forma na qual se dará a avaliação clínica. Segundo o art. 24, cada candidato será entrevistado por um profissional de saúde em uma sala privativa e mediante o sigilo das informações. A coleta de sangue está condicionada à aprovação de seu estado clínico, de forma a garantir a segurança do receptor e do doador (BRASIL, 2014).

É o artigo 25 que define os requisitos específicos exigidos para a coleta de sangue, tais como idade não inferior a 16 (dezesseis) e não superior a 70 (setenta) anos, o intervalo mínimo entre as doações (III), o peso mínimo para os candidatos e a temperatura corporal adequada (XVI). O inciso XXX determina a avaliação dos contatos sexuais com risco de infecções transmissíveis pelo sangue e, se presentes, conduzem à inaptidão nos 12 (doze) meses posteriores à prática considerada de risco. O rol conta com sete casos, como o de indivíduos que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos e o de indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes (BRASIL, 2014).

No hemocentro, o candidato para a doação de sangue passa por triagem clínica, avaliação que consiste em uma entrevista sigilosa com um profissional da saúde. Após a entrevista, o candidato é submetido ao exame laboratorial para controle de doenças infecciosas no sangue. A doação de sangue somente se concretiza com o preenchimento de todos os requisitos da lei, momento no qual o doador assina o termo de consentimento livre e esclarecido. O sistema bloqueia o candidato inapto para que ele não tente nova doação e, no caso dos temporariamente inaptos, pode haver a readmissão.

As mesmas condições e requisitos exigidos pela Anvisa constam na portaria regulamentadora do Ministério da Saúde (Portaria nº 158/16), inclusive as restrições de doações de sangue para candidatos expostos a certas condições, tal como o caso dos homens que tiveram relações sexuais com outros homens e as parceiras deles (art. 64) (BRASIL, 2016).

Diante da exclusão imperativa, ainda que temporária, dos homossexuais com vida sexual ativa, é importante questionar como a política se desenvolveu para acompanhar os recentes avanços científicos referentes ao fenômeno do HIV/AIDS (Vírus da Imunodeficiência Humana/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, nas siglas em inglês) e suas implicações na manutenção de norma legal restritiva de direitos. Essa questão, no entanto, será melhor desenvolvida no capítulo seguinte.

Nesse contexto, é importante olhar atentamente para a situação da coleta e tratamento de sangue pelos hemocentros do país. Os dados do Ministério da Saúde indicam que houve a realização de 3.355.472 coletas de sangue no Brasil em 2016. A taxa naquele ano foi de 16,28 doações a cada mil habitantes, sendo que em 2015 a taxa era de 18,20 por mil habitantes. O número de coletas sofreu diminuição de 365.395 procedimentos com relação a 2015, mantendo a tendência de queda também observada entre 2014 e 2015. Todas as coletas em 2016 foram realizadas exclusivamente pelo SUS (BRASIL, 2016).

Já com relação às transfusões de sangue, em 2016 foram realizados 2.840.988 procedimentos, todos pela Hemorrede Pública Nacional, incluídos os serviços filantrópicos e privados conveniados ao SUS. Os serviços públicos realizaram 53,23% das transfusões, enquanto os serviços conveniados atingiram 46,77%. Com relação a 2015, houve um aumento de utilização dos serviços públicos.

Segundo o Manual de Orientações para Promoção da Doação Voluntária de Sangue do Ministério da Saúde, o sistema da Hemorrede Nacional se consolidou como seguro e de qualidade, que valoriza a doação de sangue como ato voluntário, altruísta e não-remunerado. O foco estratégico é recrutar doadores regulares para aperfeiçoamento da atenção hemoterápica segura e sustentável. No entanto, a prática de captação de sangue está permeada de desafios, pois necessita compreender e apreender com a realidade social, cultural, econômica e política da população para conquistar o costume de doação de sangue pelos cidadãos.

Enquanto ato voluntário, a doação de sangue importa na valorização do compromisso com a responsabilidade social daqueles que se dispõem a doar. O aprendizado necessário é aquele transformador de mundos, de sensibilização para o altruísmo desinteressado e generoso, mas que garante a sobrevivência de outras pessoas. Não se trata de persuasão, porém de reflexão crítica sobre a política de doação de sangue em uma perspectiva diversa e atenta às transformações sociais.

Segundo o manual do Ministério da Saúde (2015, p. 18), promover a doação de sangue é dar visibilidade para impulsionar as ações e articulações que promovem o diálogo abrangente e efetivo com a sociedade. Por isso, seria necessária atuação multiprofissional e multidisciplinar para elaborar e executar projetos que modifiquem a realidade social da população.

Traço, portanto, narrativa sobre a evolução da política pública de hemoderivados sobre a proibição de restrição de sangue e do pensamento científico sobre o desenvolvimento do fenômeno do HIV/AIDS, o que torna importante examinar a dinâmica das narrativas que vieram à tona com o questionamento da constitucionalidade de inciso de ato normativo contido na Política Nacional de Hemoderivados, além do contexto formado sobre o assunto quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

2.2 Notas introdutórias ao julgamento da ADI 5543

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5543, foi distribuída no dia 07/06/2016 pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB. Para a parte autora, há mácula ao princípio da igualdade e da solidariedade, pois a proibição de doar sangue por doze meses faz com que homens gays com vida sexual ativa sejam permanentemente inaptos à doação de sangue. A petição inicial afirma haver regra geral não discriminatória que afasta a doação quando há práticas sexuais não seguras para fins de transfusão, como a pluralidade de parceiros eventuais, por exemplo. Além disso, ressalta a insuficiência de estoque nos bancos de sangue e a estigmatização da população GBT (Gays, Bissexuais e Transsexuais) a partir da utilização transversa de “grupo de risco” em vez de “comportamento de risco”.

O relator do caso, ministro Edson Facchin, considerou a relevância da matéria e oportunizou a habilitação e manifestação de entidades para compor o julgamento na figura dos *amici curiae*⁷. O ministro relator deferiu a participação de todas as entidades

⁷ “*Amicus curiae*” é um termo em latim que significa amigo da corte. São agentes que não são partes no litígio, mas podem oferecer pareceres, juntar documentos e elaborar memoriais aos juízes. A intenção é favorecer a multiplicidade de atores sociais a influenciarem as decisões das cortes nos casos de intensa controvérsia constitucional. A Lei nº 9.882/99 permite que sejam ouvidas pessoas com autoridade e experiência na matéria discutida na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou que poderão ser admitidas razões por interessados no processo. Já para a Lei nº 9.868/99, a matéria discutida na ação direta de inconstitucionalidade tem que ser relevante e os proponentes dos *amici curiae* devem possuir alguma representatividade, a ser demonstrada na ação. Por força de lei, a decisão sobre a admissão ou não dos *amici curiae* na ação cabe ao relator do processo.

que solicitaram ingresso na ação, prestigiando a ampla participação democrática no processo.

Quando ingressei no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania PPGDH/CEAN, no segundo semestre de 2017, havia apenas expectativa de julgamento. O processo foi colocado em pauta e foi o primeiro a ser apregoadado no dia 19/10/2017. Nessa mesma data, ao ingressar no Plenário da Suprema Corte como visitante, percebi uma grande movimentação de advogados diante da tribuna. Eram os *amici curiae*, que em conjunto negociavam o apregoamento do processo para prestigiar a sustentação oral dos presentes, ainda que fosse necessário suspender o julgamento após a leitura do voto do relator⁸. A corte entendeu por bem apregoar o processo sobre a doação de sangue, ouvir o relatório e os advogados e suspender o julgamento para a próxima sessão.

O relatório do processo foi lido pelo ministro relator Edson Fachin e foi propiciada a sustentação oral dos seguintes amigos da corte, todos a favor da declaração de inconstitucionalidade: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Grupo Dignidade pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros – Grupo Dignidade; Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil; Defensoria Pública da União – DPU; Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília – CADIn/UnB; Ordem dos Advogados do Brasil – OAB; Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná; Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEF; Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas – ABRAFH.

Registre-se, ainda, que após a realização das audiências, a Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular – ABHH pediu habilitação nos autos e apresentou razões escritas pela improcedência do pedido. O relator não se manifestou sobre a admissibilidade na ação e sobre a possibilidade de oferecimento de parecer.

Após o intervalo, o ministro relator iniciou seu voto, que será objeto de análise mais aprofundada no capítulo que analisa a coleta de dados. A sessão foi suspensa após o voto do ministro Edson Fachin, no sentido da procedência do pedido para declarar a

⁸ Os julgamentos das ações pelo Supremo Tribunal Federal são gravadas pela TV Justiça e disponibilizados no canal oficial do órgão no Youtube. O vídeo da primeira sessão de julgamento está disponível no endereço: <<https://www.youtube.com/watch?v=Y19j6fGD37c&t=193s>>

violação do princípio da igualdade e julgar procedente o pedido, afastando a restrição de 12 meses para doação de sangue.

A segunda sessão de julgamento foi retomada com um voto pela constitucionalidade da norma. O argumento foi de que a necessidade de proteção específica do doador, do receptor e de profissionais envolvidos justificaria a restrição. Isso porque a norma proibiria condutas de risco, mas o fato de haver pessoas que escolhem ter condutas sexuais de risco – como o sexo entre homens – afastaria a inconstitucionalidade da norma por não haver vinculação específica com a orientação sexual dos eventuais doadores.

As publicações juntadas pelo Ministério da Saúde apresentaram fórmulas epidemiológicas com aparência de verdade científica aptas a justificar o aspecto naturalista defendido, utilizando-se de dados em três linhas argumentativas: o crescimento nos casos de contaminação por HIV nos homens, o maior risco proporcional das relações anais passivas e ativas e maior taxa de prevalência de HIV entre homens que fazem sexo com homens – HSH.

O dia de maior discussão sobre a matéria, 25/10/2017, terminou com outros três votos a favor da inconstitucionalidade da norma. O início do outro voto gerou discussão sobre os critérios a serem adotados em caso de declaração de inconstitucionalidade da norma e sobre quais seriam os comportamentos de risco. O julgamento foi suspenso após pedido de vista do ministro Gilmar Mendes e a retomada das discussões pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal não tem previsão de data, dependendo do pedido de inclusão em pauta do processo em vista.

Percebe-se o deslocamento da questão da doação de sangue para outra questão: se a prática de sexo anal traria maior vulnerabilidade de exposição de certos grupos à incidência do HIV, notadamente os homens que fazem sexo entre si. A pergunta debatida pelo Tribunal passou a ser: a prática sexual dos homens gays apresentaria risco acrescido de infecção por HIV a ponto de colocar em risco os receptores de sangue por bolsas de sangue coletadas, especialmente se consideradas as práticas iminentemente anais dessa população?

Acredito que os votos dos ministros e a discussão em plenário serão mais bem desenvolvidas em novo fôlego, juntamente com a manifestação por escrito do Ministério da Saúde – MS e da Anvisa. No entanto, imperioso registrar o posicionamento do

Ministério Público Federal – MPF, que exerce a obrigação constitucional de fiscalizar a aplicação da Constituição Federal e das leis em todo o país.

O Ministério Público Federal, representado pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, manifestou-se por escrito⁹ pedindo a procedência da ação de inconstitucionalidade ao considerar os impactos substanciais em população historicamente vítima de preconceito e o baixo estoque de sangue nos bancos nacionais. Em breve síntese, defendeu que tanto a Portaria quanto a RDC ferem o princípio constitucional da igualdade/não-discriminação e se chocam com os princípios constitucionais de construção de uma sociedade justa e solidária, de redução das desigualdade sociais e da promoção do bem geral de todos sem preconceitos ou discriminações¹⁰. Para tanto, infere a necessidade de observância do exercício da liberdade sexual e de gênero, bem como de expressão, o que compromete a dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, Constituição Federal do Brasil) (BRASIL, 1988).

Assim, entende que a regulamentação legal é extremamente restritiva no que toca à homossexualidade ou bissexualidade, especialmente se consideradas as práticas sexuais concretas e não as identidades declaradas. Por isso, salienta que embora seja defendida a maior probabilidade de infecções pela prática de sexo anal, afirma que não é uma prática restrita à população homossexual, e que as práticas sexuais consideradas de risco podem ocorrer em todos os casos, notadamente se considerado que a população heterossexual tende a fazer mais sexo desprotegido. Desse modo, registra que as normas criam obstáculo inútil à proteção do sistema de hemoterápicos, para a política pública o que importa é evitar os comportamentos de risco e não a sexualidade dos potenciais doadores.

Nesse contexto, a situação dos bancos de sangue no país é periclitante. Segundo o Manual de Orientações para Promoção da Doação Voluntária de Sangue do Ministério da Saúde, apenas 1,9% da população brasileira doa sangue. Os estoques não se mantêm abastecidos porque não há regularidade nas doações e nem fidelização de doadores. O manual apresenta uma diretriz para fidelização de doadores: o acolhimento de todos, pela humanização do atendimento, convertendo a experiência de doação em um valor moral positivo. Esta seria a motivação do doador para retornar e multiplicar as doações.

⁹ Trata-se do parecer nº 206.660/2016-AsJConst/SAJ/PGR, juntado aos autos em 06/09/2016.

¹⁰ art. 5º, caput e LIV, c/c art. 3º, I, III e IV, todos da Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988).

Para manter a segurança do banco de sangue, a Anvisa elabora e aprova um perfil de doadores, analisando o perfil clínico e epidemiológico dos candidatos. A sétima publicação do perfil do doador, presente no Caderno de Informação de Sangue e Hemoderivados: dados de 2016, pelo Ministério da Saúde, contou com a colaboração da Hemorrede Pública Nacional para obter dados de 27 serviços de hemoterapia, agregados por região demográfica e contemplando os motivos da doação, o tipo de doador e o perfil por gênero e faixa etária (BRASIL, 2018). O perfil traçado aponta para a predominância de doadores masculinos e não consta menção à orientação sexual ou à prática sexual durante a coleta dos dados.

Dentre os perfis epidemiológicos, existe o grupo dos homens que fazem sexo com homens – HSH. A nomenclatura foi alterada para indicar as práticas sexuais em vez de focar em “grupos de risco”, grupos historicamente associados aos usuários de drogas, à população homossexual e aos estrangeiros. Chamada de câncer gay ou câncer rosa, a AIDS permaneceu por décadas como uma doença típica da população homossexual, moldando um estigma não só nos corpos, mas no saber popular na figura do aidético. A nomenclatura atual é a de populações chaves, pessoas que estão em situação de vulnerabilidade que as tornam mais suscetíveis ao adoecimento por HIV/AIDS.

O foco da epidemiologia tem sido as práticas e comportamentos de risco e a elaboração de taxas de incidência e prevalência, desconsiderando a necessidade de explicação sobre a pertinência prática destes fenômenos e oportunizando respostas pragmáticas superficiais. Saliente-se que a ausência de discussão sobre como implementar medidas culturais e socialmente relevantes de combate ao HIV afasta o engajamento das populações a serem atingidas. Isso porque não haveria identificação das subjetividades dentro das categorias epidemiológicas (PARKER, AGGLETON, PEREZ-BRUMER, 2016).

Esse cenário é problemático, porque embora haja avanços significativos no campo científico-tecnológico, as taxas de novos infectados se mantêm crescentes. Por isso seria importante compreender e considerar a fluidez e a complexidade das questões das identificações sexuais e de gênero para formar políticas públicas eficientes. As descrições epidemiológicas não corresponderiam à realidade das experiências avaliadas pelos estudos e nem dialogariam com as práticas reais da sociedade.

Contudo, as informações prestadas pelo governo ao relator do processo afirmam que a orientação sexual não é utilizada como critério de seleção de doadores por não

constituir por si só um risco¹¹. A manutenção da exclusão de homens que praticam sexo com outros homens da política de doação de sangue é defendida sob o argumento de significar uma prática de risco aumentado para transmissão de doenças por transmissão sanguínea, especialmente em razão da prática sexual anal.

A controvérsia está presente no arquivo judicial. Consta manifestação da Organização Mundial de Saúde – OMS no sentido de que a seleção de doadores por triagem clínica e laboratorial, por mais restritiva que seja, não reduz a chance de contaminação a zero¹². Aliás, a OMS afirma que descartar os doadores por risco aumentado sem considerar o diferencial de comportamentos de risco no grupo pode acarretar rejeições desnecessárias aos candidatos à doação.

O argumento da proteção do receptor com base no risco epidemiológico não parece suficiente para impedir as discussões sobre preconceitos e estigmas que culminaram na vedação de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens e mantêm vida sexual ativa. A vivência livre e consciente sobre as práticas sexuais e seus riscos, acompanhada da testagem clínica, atua para aproximar os usuários do sistema de saúde e reforça a responsabilidade social de elevar os níveis dos estoques de sangue no país, acolhendo novos doadores.

A partir do que foi debatido na ação constitucional, resta o questionamento se seria legítimo a construção de pensamento científico discriminatório, que desconsidera os comportamentos sexuais específicos ao manter presente o risco como motor da diferença homofóbica institucional. Os discursos médicos pretensamente neutros são legitimados pelo discurso jurídico, evitando a conversão de tabus morais em questões científicas relevantes e eticamente reflexivas.

Se não há risco inerente a sexualidades específicas, o critério que restringe a doação de sangue por homossexuais em qualquer cenário pode ser categorizado como um

¹¹ A manifestação da Advocacia-Geral da União, defensora do ato impugnado, se deu pelo Ofício nº 00578/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU, protocolada em 30/06/2016.

¹² Trata-se de documento em inglês juntado em 03/07/2017 pelo *amicus curiae* Grupo Dignidade. O documento, datado de 09/02/2018, coloca as recomendações da Organização Mundial de Saúde para doação segura: a) voluntariedade da doação (não-remunerada); b) recrutamento de doadores com baixo risco de infecção; c) observância da janela imunológica – a ser calculada pelas taxas de incidência na população geral e nas populações-chave. A organização diz ser temerário dizer que a população HSH pode doar sangue em todos os casos, sendo necessária a observância da legislação local sobre o tema. Informa que ultimamente os bancos de sangue no mundo têm se utilizado de metodologias de vigilância bastante precisas, oportunizando a coleta e análise de dados mais apurados. Ao final, afirma que a OMS iniciará trabalho para revisão as recomendações para doação de sangue a partir de dados mais recentes sobre os riscos transfusionais, oportunizando discussão significativa sobre os comportamentos de risco e também na população HSH.

regulador da sexualidade considerada legítima, construindo o conceito de risco de algumas práticas sexuais como inerentes à homossexualidade. A insurgência quanto à redução da homossexualidade às práticas anais é reforçada pela política que deslocou o critério para as práticas individuais e manteve a figura da homossexualidade promíscua no intertexto da norma, nada dizendo sobre a prática anal heterossexual.

Isso porque o HIV é uma ameaça constante, assustadora e silenciosa. Trafega pelos corpos sem ser visto. Replica-se no sangue e força os limites da biopolítica na sociedade do risco. Pela comunhão do sangue talvez sejam desfeitas formas de controle há muito estruturadas, o que arrefeceria a disputa pelos limites da categoria risco diante da controvérsia político-normativa.

Uma vez apresentada a controvérsia político-normativa, importante avançar para a apresentação dos objetivos e metodologia que foram utilizadas na elaboração desta dissertação.

2.4 Pergunta e objetivos

Apresentado o contexto normativo que deu ensejo à Portaria nº 158 e como se desenvolveu a ação constitucional até o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, orientei a pesquisa para responder à *pergunta*: **como a narrativa de risco mascara a imagem homofóbica das práticas sexuais entre as bichas por parte da normativa?** Para tanto, o *objetivo geral* é **compreender** como as narrativas de risco mascaram a imagem homofóbica das práticas sexuais entre as bichas na norma legal. Nessa perspectiva, os *objetivos específicos* são: a) **investigar** os usos das narrativas de risco como janela imunológica por contágio anal no arquivo da ADI 5543; b) **analisar** as narrativas de risco e de analidade nas restrições da política de hemoderivados, em debate no espaço constitucional.

2.5 Metodologia

Os objetivos das pesquisas científicas podem ser classificados como exploratórios, explicativos ou descritivos. São exploratórias as pesquisas com objetivo de compreender melhor determinado objetivo de pesquisa, aprimorando ideias já estabelecidas sobre ele. Esta pesquisa tem caráter exploratório, porque objetiva analisar o tema da restrição de doação de sangue por bichas por uma perspectiva social, utilizando-

se da pesquisa bibliográfica e pesquisa em arquivo na ação constitucional que discute a matéria. Para compreender como o risco regula a sexualidade das bichas pelas práticas anais no contexto do julgamento da ADI 5543, esta pesquisa se utiliza de três estratégias combinadas: análise documental em arquivo, revisão bibliográfica e observação direta (GIL, 1989).

No caso, a abordagem qualitativa é a mais recomendada porque melhor possibilita a investigação no âmbito da saúde quando considerada a complexidade das questões subjetivas que envolvem a distribuição dos riscos para os sujeitos nos processos de saúde-doença. O objeto de estudo é o julgamento da ADI 5543 no Plenário do Supremo Tribunal Federal, que iniciou o julgamento da constitucionalidade da proibição de doação de sangue por homossexuais.

A pesquisa se iniciou, de fato, com a ida ao campo para assistir o julgamento da ADI 5543 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Foram quatro dias de julgamento, nos quais se falou da ciência enquanto instituição exata, natural, isenta de valores e capaz de oferecer respostas técnicas e neutras. Por outro lado, o direito foi consagrado enquanto mecanismo de mudança social para diminuir as desigualdades e discriminações das instituições, ainda que a intenção normativa não tenha sido essencialmente discriminar grupos sociais.

Durante a votação da matéria, um dos pontos colocados me chamou a atenção: a comparação entre os índices de infecção por HIV relativos ao sexo pênis-vagina e em razão de sexo anal entre homens. Daí surgiu a inquietação que conduziu a pesquisa: o que faz com que o risco seja associado às práticas sexuais anais entre homens e não entre homens-mulheres? Além disso, por que a prática sexual entre homens era reproduzida e discutida como essencialmente anal?

Para responder essas perguntas, conduzi a pesquisa a partir de três braços teóricos diferentes: a sociologia do risco, a teoria *queer* e os estudos sociais sobre o HIV, conforme descreverei no segundo capítulo. Dentro da teoria *queer*, busquei autores que trabalhavam especificamente com a analidade: Paco Vidarte (2019) e Paul Preciado (2016).

A propósito, ambos propõem uma teoria voltada para corporificar a existência política das bichas no espaço público, o que significa agregar esforços para romper com os modelos opressores presentes na sociedade. Para tanto, seria necessário questionar o conglomerado ético, quase biológico, que compõe a homofobia real e que dita os rumos

do possível. A intenção dos autores é propor uma ciência engajada que retire o véu dos discursos heterossexistas, rompa com a censura racional homofóbica e possibilite novas formas de agir sobre as micropolíticas para obter solidariedades.

Nesse aspecto, segui pelo o rumo da política anal por eles propostas, especialmente para oportunizar uma discussão teórica sobre a política dos corpos e as formas nas quais o discurso biomédico adere à sexualidade, especialmente no caso das populações-chave e o fenômeno do HIV. Contudo, a discussão promovida em Plenário não tratou diretamente do HIV e das vulnerabilidades das bichas, mas tocou em outro ponto: a janela imunológica.

Assim, questiono se havia diferença entre sexualidades no que toca às práticas sexuais para fins de janela imunológica. Para responder esses questionamentos, explorei a construção dos índices epidemiológicos e os fatores de risco que eles representam, a partir da perspectiva da ciência biomédica, mas sem abordar índices e taxas. Considerando que a janela imunológica foi configurada como fator de risco, também se fez necessária investigação sobre porque ela acontece para tentar compreender as disputas sobre ela no espaço constitucional. Portanto, há no texto dois conteúdos diferentes sobre riscos.

A respeito do HIV, lidar com o as múltiplas facetas da epidemia e as diversas vertentes teóricas sobre a matéria foi uma das principais dificuldades. São muitos dados, perspectivas, escritos, descobertas, estudos, dissertações, e grande parte delas lida com o HIV a partir de uma perspectiva biomédica, voltada para medir práticas, conduzir experimentos e debater taxas de incidência e prevalência.

Explorei os marcos legais e fisiológicos sobre o fenômeno do HIV, além das terminologias sobre os processos de saúde-doença que envolvem o “saber sobre o HIV” para “falar sobre HIV”, a fim de fomentar a discussão sobre a axiologia do HIV no espaço constitucional, notadamente porque os ministros discutiram se a portaria se refere a um “grupo de risco” ou a uma “prática de risco”.

As questões levantadas durante a pesquisa formaram um mosaico de saberes que precisaram ser articulados para responder à pergunta: como o risco adere ao termo HSH na ADI 5543. Por isso, percorri o caminho proposto por Vidarte (2019):

“Não devemos ser coerentes, nem honrados, nem racionais, devemos ser fortes, eficazes (...) Pois lembre-se disso! Faça memória! (...) lançamos mão de qualquer estratégia que possa nos servir, fazemos bricolagem política, reciclamos táticas e teorias, enxertamos, transplantamos, ocupamos,

costuramos e descosturamos palavras de ordem, identidades, valores...” (p. 124/125).

Por isso, a fim de responder o objetivo geral, explorei as concepções de risco envolvidas nos discursos apresentados, especialmente no que toca à sexualidade, à janela imunológica e a práticas sexuais. Assim, articulei os saberes fisiológicos e humanísticos para explorar as formas nas quais as estruturas de poder atuam sobre os corpos, especialmente sobre os ânus das bichas, sem descuidar da necessidade de manutenção da segurança transfusional.

A técnica utilizada para responder o objetivo geral foi a da análise documental para revelar a historicidade do estigma do HIV relacionado às bichas, a construção social das ações tomadas e recontar os fatos sociais e seus antecedentes registrados sobre os aspectos sociais de determinados grupos. Assim, consiste em verificar, tratar e reclassificar os dados de uma forma diferente da original, unificando, sistematizando e revelando novas informações e permitindo novas interpretações, usos e difusões do conteúdo. Dentre as vantagens da técnica está a estabilidade das informações por serem fontes fixas, inalteráveis pelos sujeitos e ambientes, ao passo que dentre as limitações está a falta de objetividade e validade questionável na crítica da corrente positivista (OLIVEIRA, 2007).

Por outro lado, a pesquisa bibliográfica serviu de suporte para questionar sobre os valores em disputa no espaço constitucional, a fim de responder aos objetivos específicos: a) investigar os usos das narrativas de risco como janela imunológica por contágio anal no arquivo da ADI 5543; e b) Analisar as narrativas de risco e de anormalidade na restrição presente na política de hemoderivados, em debate no espaço constitucional. Nesse aspecto, segui as lições de Vidarte (2019) que propôs a “bricolagem política” e a “reciclagem de táticas e teorias” para costurar e descosturar identidades, buscando na incerteza e nas contingências a produção de uma nova memória, um novo espaço político no tempo.

Ao tratar sobre aspectos científicos da proibição de doação de sangue, parti da pesquisa realizada por Daniela Caixeta Costa¹³, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Débora

¹³ Daniela Caixeta Costa, cujo título é: inaptidão temporária para doação de sangue no Brasil: medida sanitária ou homofobia? A dissertação de caráter qualitativo e exploratório analisou criticamente os argumentos utilizados para justificar o veto e entendeu ser uma medida sanitária justificado por um discurso científico insuficiente. Para tanto, a pesquisa investigou a NT 012/2011, que fundamentou a Portaria nº 1.353/2011 e a RDC nº 57/2010, sob as seguintes perspectivas: a) acessibilidade: normalização

Diniz, no Departamento de Ciências da Saúde da Universidade de Brasília, que detectou incongruências da elaboração da Portaria do Ministério da Saúde nº 1.353/11, anterior à Portaria nº 158/16. Daniela Caixeta detectou o comprometimento na seleção dos critérios pelo grau de indeterminação dos conceitos utilizados para justificar a restrição, oscilando entre práticas sexuais de risco ou a prática de sexo anal, mas sempre proibindo exclusivamente os homens gays (grupo de risco) de doar sangue, sob qualquer critério. A autora chama atenção para a necessidade de reavaliação das evidências apresentadas e do cuidado científico para não serem impostos comportamentos moralmente desejáveis, que se adaptam e transformam para justificar a restrição e impedir a doação de sangue por homossexuais.

A técnica da observação direta foi utilizada quando da primeira entrada em campo nas audiências plenárias no Supremo Tribunal Federal em outubro de 2017, principalmente nos dias 17 e 25. Naquela oportunidade, a Corte Constitucional iniciou o julgamento pela leitura do relatório pelo ministro Edson Fachin, seguido pelas manifestações dos *amici curiae*. Os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux votaram pela procedência da ação, declarando a inconstitucionalidade da norma. Já o ministro Alexandre de Moraes abriu divergência ao votar pela procedência parcial da ação. Nesse aspecto, exploro os votos do ministro no que toca à janela imunológica e aos princípios constitucionais da igualdade/não-discriminação.

Dentre os tópicos abordados em plenário estão: o conteúdo técnico-científico dos dados trazidos pelo Ministério da Saúde, a segurança sanitária no procedimento de doação de sangue e a prática de sexo anal pelas bichas. As discussões evidenciam a existência de uma vigilância sanitária voltada para controle dos corpos e fluxos das sexualidades, já que anunciam a abstinência sexual como única forma possível de doação de sangue por bichas.

Assim, a metodologia da pesquisa em arquivo foi usada para explorar as manifestações escritas e orais proferidas na ação, com a intenção de despojar o arquivo com as particularidades e nuances possíveis (FARGE, 2009). O esforço foi para revelar não apenas uma cartografia específica, mas uma cena metáfora específica do HIV

bibliográfica, linguagem, erros nas referências; b) validade e confiabilidade: qualidade da evidência (revisões sistemáticas, estudos epidemiológicos), limitações apontadas pelos autores, incongruências argumentativas, veículo de publicação, avaliação por comitê de ética em pesquisa; c) aplicabilidade; d) legitimidade das evidências.

(SONTAG, 1989) que se apresentou na ação constitucional: a analidade de risco associada às práticas sexuais das bichas.

Por outro lado, se o Manual do Sangue do Ministério da Saúde (2015) leciona ser necessário pensamento multidisciplinar, a sociologia do risco e a teoria *queer* podem revelar uma nova perspectiva sobre como os riscos são distribuídos para a população homossexual, apresentando a figura da analidade de risco. O ambiente constitucional é especial por manter sob tensão os conceitos de direito, democracia e risco, conforme explorado na obra de Raffaele de Giorgi (1998).

A respeito da pesquisa em arquivo, busquei identificar quais os documentos, estudos empíricos e dados constavam no processo judicial. Dentro os diversos documentos juntados aos autos, percebi três manifestações diferentes do Ministério da Saúde na defesa da norma. A primeira delas foi uma resposta à Comissão de Diversidade da OAB, a segunda foi resposta à notificação pela Defensoria Pública da Bahia, ao passo que o terceiro foi o pedido de informações ao ministro relator. O que chamou a atenção foi a similitude dos argumentos: a proibição na doação de sangue subsiste porque haveria risco acrescido de contaminação por HIV nas práticas sexuais entre homens.

A primeira dessas manifestações não trazia nenhuma referência bibliográfica, embora mencionasse cinco estudos. A segunda continha referências bibliográficas completas, mas a terceira, justamente a que compunha a justificativa da restrição para fins processuais, estava incompleta (Despacho nº 129). Então, protocolei pedido de acordo com a Lei de Acesso à Informação para acessar os processos administrativos que fundamentaram a edição da Portaria, bem como as referências bibliográficas faltantes.

A resposta do órgão ministerial foi procedente e recebi a ligação para buscar duas mídias em CD-ROM. Uma mídia estava vazia e na outra constava apenas alguns documentos de um dos processos administrativos, repetidos por diversas vezes. Após diligenciar na sede do Ministério da Saúde, não consegui acesso aos autos físicos. Diante da situação, recorri em todas as instâncias administrativas, mesmo tendo obtido resultados favoráveis ao pleito, mas que não apresentavam o conteúdo pedido. Após recurso à Controladoria-Geral da União e oito meses de espera, obtive todas as referências utilizadas pelo Despacho nº 129, mas que não foram utilizadas nesta pesquisa.

A propósito, o desenho da pesquisa foi alterado para explorar o tema sob uma perspectiva antropológica, abrangendo as narrativas presentes da ação em vez de analisar os fundamentos apresentados pelo Ministério, como desenvolvido por Daniela Costa

(2012). É que a discursividade está presente nos documentos não só na forma do texto, mas na objetificação ou produção das matérias contidas neles (FOUCAULT, 2017). Por isso é necessário procurar as estratégias utilizadas para recriar os documentos e destrinchar suas interpretações ao controlar politicamente a vigilância dos corpos que condiciona. Essa perspectiva vai além da normatividade e formatação padrão, buscando ampliar a percepção da tecnologia utilizada e da regulação das sexualidades que constam no intertexto (REED, 2006).

3 OS CORPOS HOMOSSEXUAIS DIANTE DO RISCO EPIDÊMICO DO HIV

Este capítulo oferece revisão bibliográfica de três vertentes teóricas que comporão a análise de dados. A primeira parte diz respeito à sociologia do risco, teoria crítica da pós-modernidade voltada para compreender a pulsão da sociedade por segurança e como a aversão ao risco gera disputas no devir social em razão de decisões políticas a serem tomadas. Assim, traço a necessidade de compatibilidade entre os riscos produzidos pela ciência e quais são as decisões políticas socialmente aceitas para que os perigos não se tornem realidade. Ademais, por uma perspectiva crítica, a sociedade do risco tem como axioma máximo a segurança, abrindo mão de outros princípios fundantes importantes, como a liberdade e igualdade.

A segunda parte deste capítulo investiga a arquitetura política do corpo e a analidade das bichas, parte estrutural para compreensão da metáfora da analidade de risco que dá título ao presente trabalho. Assim, a partir de uma perspectiva *queer*, explora-se a essencialização dos sexos nos corpos que permitem a essencialização da verdade de gênero e o recorte de órgãos enquanto sexuais. Desse modo, é apresentada a política anal (analética), que delinea a concepção plural da diversidade de pensamentos sobre o que é ser LGBT no espaço público.

Por último, faz-se uma breve digressão dos discursos sobre HIV e a população chave HSH, caminhando por princípios centrais como grupos de risco, práticas de risco e vulnerabilidades. A intenção é marcar a história da associação da homossexualidade ao vírus HIV enquanto um estigma ainda não superado.

3.1 A modernidade e a sociedade de risco

A construção teórica desta dissertação parte da sociedade de risco, termo usado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck (2016) para descrever a organização da sociedade moderna em torno do risco, ou perigo. No livro “A Sociedade do Risco”, o autor faz uma análise da sociedade moderna a partir da degradação ambiental causada pela expansão do capitalismo em nível global. Em apertada síntese, é uma descrição fatalista da sociedade, voltada para os aspectos negativos, ou riscos, que superam os positivos e escapam ao controle das instituições sociais, implicando em uma cultura voltada para a manutenção da segurança e autopreservação sistêmica quando diante de situações contingentes. Pela

lógica do capital, que orienta a condução do projeto de modernidade, a metamorfose do perigo é social: demandas infinitas, misérias e carências coexistindo com a abundância. Nesse contexto, o subsistema jurídico não consegue resolver as mais variadas demandas das situações de fato, ao passo que as intenções científicas podem falhar e levar ao colapso de sua própria racionalidade. Neste cenário, os governos podem ruir e ressurgir, e as turbulências se manterem presentes sem que os cidadãos sejam agentes das transformações sociais (BECK, 2016a).

Consoante relatado, inicia sua análise dos processos de produção de risco a partir do desenvolvimento científico industrial e as consequências nocivas deste processo para as populações e para o meio ambiente, tais como chuvas ácidas, contaminação do solo e afins. Embora seja este o contexto inicial de sua obra, a perspectiva catastrófica de mundo perpassa todo o interior da sociedade contemporânea, sempre considerando as consequências da modernização para as tradições que foram lançadas como projeto de futuro (BECK, 2016a).

No entanto, com a chegada da pós-modernidade, os saberes científico-tecnológicos criaram novas formas de interação e efeitos na sociedade, causando um processo de modernização reflexiva no seio do que Beck chama de segunda modernidade ou globalização, que é simultaneamente continuidade e ruptura. O autor questiona a realidade sociológica da pós-modernidade e, para tanto, reflexiona sobre o conteúdo da pós-modernidade enquanto uma sociedade que busca perpetuar os moldes do passado em um futuro que se anuncia como presente. O pensamento sobre a sociedade do risco é uma teoria empiricamente orientada que busca indicar que somos sujeitos e objetos de ruptura no interior da modernidade (BECK, 2016a).

Para melhor compreensão das bases da sociedade de risco, é importante marcar o contexto de formação da teoria a partir da transformação da sociedade industrial na sociedade pós-moderna. Para Beck, a modernidade evolui com a sociedade e perde o referencial da sociedade industrial, inaugurando um novo paradoxo: os setores são produtivos, os pensamentos permitem crescimento das categorias econômicas e a compreensão científico-tecnológica das formas democráticas criaram uma sociedade tão moderna que não pode ser superada. Assim, as conquistas do desenvolvimento industrial globalizado passaram a ditar como os efeitos invisíveis, e até então não diagnosticados, são cientifizados em uma relação de causa e efeito, além das formas como são socialmente percebidos e geridos pelos sistemas social, econômico e político (BECK, 2016a). Nesse

cenário, a modernização traz consequências que escapam às tentativas institucionais de controle e proteção trazidos pela sociedade industrial (BOSCO, 2011).

Por outro lado, se os marcadores teóricos da modernidade eram as dualidades existentes - caos/segurança, capitalismo/comunismo, homem/mulher, passado/futuro -, a evolução social para a pós-modernidade conduziu a uma superespecialização dela mesma, possibilitando a perda do referencial ao longo do caminho para formar uma sociedade líquida no binômio determinado/indeterminado (GIDDENS, 1996). Para ele, esses marcadores se tornaram difusos e a dificuldade em lidar com a realidade ficou evidente. Por isso, diante de todas as alterações conjunturais, a necessidade da segurança passou a ser entendida como uma aversão - e ao mesmo tempo apego - ao risco. Então com medo de morrer por doenças evitáveis, a pós-modernidade criou padrões de segurança para evitar infecções, que permitem identificar novas vulnerabilidades o que, consequentemente, amplia a sensação de insegurança. (GIDDENS, 1996).

A relação de causalidade permanece presente nas interações sociológicas entre modernização das forças produtivas e da sociedade moderna, abrindo espaço para discussão dos riscos, ou incertezas, no espaço do devir social. O que se pretende é revelar as dificuldades da racionalidade instrumental de fornecer respostas diante das decisões de cunho industrial, econômicas e tecnológicas que foram tomadas (BOSCO, 2011).

Para Beck (2016b), o risco é entendido como danos socializados e transformados em ameaças sociais, econômicas e políticas aos sistemas da modernidade mundial industrializada. Então, na sociedade do risco, o poder do progresso acumulador do saber tecnológico e econômico é paulatinamente sobrepujado pela produção de riscos e seus efeitos colaterais anexos. Assim, os perigos passaram a ser medidos, avaliados, teorizados, na busca da segurança que se perdeu (BECK, 2016b).

A modernidade surge, então, como uma sociedade que rompe com o passado para se construir na premissa científica de possibilidades infinitas. Potente e autorregulada, a sociedade moderna tende ao infinito, acelerando-se cada vez mais ao negar as discontinuidades do processo. Contudo, as formas de atuação dos sistemas da modernidade alteraram profundamente a sociedade e a sua relação com o ambiente (ciência, tecnologia, política, social, expansão agrícola), de modo que as interferências no meio ambiente (poluição do solo, ar, agrotóxicos), impulsionadas pela modernização, se voltaram contra ela mesma (GIDDENS, 1996; BECK, 2016).

Percebe-se, então, forte influência da teoria sistêmica de Niklas Luhman, que compreende a sociedade como um sistema social que abrange todas as comunicações produzidas (interações e organizações, inclusive). Além disso, a base teórica utilizada por Ulrich Beck coloca o conceito de reflexividade como uma condição autocrítica da teoria empírica que desenvolveu. A intenção é delinear a *sociologia da incerteza* e por isso a eleição da categoria risco (BOSCO, 2011).

A categoria risco também é enfrentada por Niklas Luhman quando descreve risco como uma construção social criada pelos sistemas científicos. A incerteza é absorvida diante da dificuldade de se estabelecer um padrão de decisão que compreenda os graus de subjetivação e preferências de cada sistema científico. Assim, a separação entre as partes do sistema se aprofunda cada vez mais enquanto as disciplinas se especializam e buscam as respostas para suas perguntas. Por outro lado, a manutenção das bases sociais já não depende da interação humana (autopoiese) (LUHMAN, GIDDENS, 1996).

Nesse contexto, a busca incessante por maximização de resultados permite que cada subsistema busque sua capacidade máxima, mesmo diante de situações disruptivas - saúde, educação, economia, política. Por sempre se automatizar e se expandir, a sociedade pós-moderna se perdeu no próprio referencial, já que a ordem é um ideal a ser perseguido e não uma realidade. Isso porque ela dissolve as bases da sociedade industrial e cria uma nova realidade de configuração social. A sociedade do risco pressupõe a instabilidade da ordem social por ser auto-disruptiva, notadamente ao manter ambivalências que estruturam a busca da ordem como positividade e do caos como negatividade (contração-expansão, dano-proveito e afins). Assim, o domínio racional passa a ser totalitário e se expandir em fluxos que perpetuam moldes: o novo vem para se adaptar e lançar um molde do presente para o amanhã (BECK, 2016a).

Ocorre que os riscos que somente são inteligíveis pela perspectiva da ciência e somente podem ser quantificados diante da especialização das disciplinas científicas. Sendo assim, por mais especializados que sejam, os modelos quantitativos de produção científica tradicionalmente usados também se orientam pelas características subjetivas das pessoas que conduzem os experimentos, mantendo sempre a conformação esperada pelo nicho ao qual o pesquisador faz parte. Isso cria situações díspares entre os sujeitos ativos que decidem sobre como os riscos podem ser tomados e os sujeitos que sofrem os impactos sociais da decisão (LUHMAN, GIDDENS, 1996).

Luhman ainda salienta o dever de a sociologia questionar a seletividade das operações sociais e das estruturas que determinam as operações, chamando atenção para a necessidade de investigação multidisciplinar, que embora não solucione a ânsia questionadora da ciência, permite a transdisciplinariedade em cooperação. O autor reluta em formular um conceito de risco, mas salienta que a modernidade traduz o risco como uma unidade de medida para as possibilidades de insucesso, sendo que os erros de medição são algo muito distinto do que se mede e distribui como risco, “embora seja uma conjunção de contingências distintas a partir de observadores diferentes” (LUHMAN, GIDDENS, 1996, p. 138).

Segundo Estevão Bosco (2011), Beck desenvolve teoria voltada para a prática-teórica, colocando a si mesmo e sua teoria sempre à prova. As formas, as estruturas principiológicas, as categorias e os conceitos são colocados de forma flexível para não ofuscar as análises ainda em desenvolvimento. A preocupação teórica principal é a modernização da sociedade industrial e as consequências da modernização das tradições que foram lançadas para o futuro. A intenção de Beck é trabalhar os riscos que são gerados pela sociedade moderna, por um prisma empírico-teórico sobre a sua própria reflexividade (BOSCO, 2011).

Em linhas gerais, a sociedade de risco se utiliza de três teses principais: 1) produção e distribuição de riscos; 2) individualização reflexiva e 3) modernização reflexiva. Por ser uma sociedade reflexiva, as medidas de tentativa de estabilização dos sistemas da modernidade criam novas imprevisibilidades e perspectivas de novos riscos, danos e prejuízos. A tentativa de controlar o imprevisível é considerada como reflexividade da incerteza da indeterminação do presente (dificuldade de enxergar possibilidade na contingência), o que caracteriza a modernidade reflexiva (BOSCO, 2011).

Na modernização reflexiva os riscos podem ser produzidos e definidos pela ciência (âmbito interno) e pressupõem arbitrariedade de presunções de risco, mas também podem se apresentar como condições de risco (âmbito externo), situações nas quais se apresentam atrelados ao avanço científico-tecnológico e aos conflitos sociais decorrentes da aceitação social ou compatibilidade ética daquele risco social. A interação entre convencionalização e operacionalização da ciência causa uma inversão entre dentro e fora, de modo que

o mais interno – a decisão sobre a verdade e o conhecimento – desloca-se para fora. e o exterior – os “efeitos colaterais imprevisíveis” – convertem-se em um

renitente problema interno do próprio trabalho científico (itálico no original)
(BECK, 2016, p. 252).

Assim, o social passa a determinar o que é válido ou não no conhecimento científico produzido, de modo a ditar uma nova realidade que controla critérios que se deslocam entre dentro-fora, metodologia-política, teoria-aceitação social. A coprodução de realidade pelos destinatários das ciências (política, economia, esfera pública) também vem acompanhada de novos riscos (BECK, 2010). Nesse contexto:

Quais cifras elas selecionam, *a quem* ou *ao que* elas atribuem as causas, *como* elas interpretam os problemas da sociedade e *que tipo* de solução elas trazem à tona – são tudo menos decisões neutras [...] as ciências desenvolveram suas capacidades de controle prático *independente e para além* de enunciados axiológicos explícitos. Suas possibilidades práticas de exercer influência residem no *como* da construção científica de resultados. Assim, a interpretação – “puramente objetiva” – de “carência” e “risco” nos distintos campos de ação oferece um manto por baixo do qual é negociado o direcionamento de futuros avanços. (BECK, 2010, p. 266). (itálicos no original).

A tese da *produção e distribuição dos riscos* sustenta que, na continuidade dos processos de modernização, a produção e distribuição social de riquezas (trabalho, bens, seguridade social) são atualmente acompanhadas da produção e distribuição social de riscos (poluição, crises econômicas, terrorismo, etc.) (BOSCO, 2011).

Repiso que na pós-modernidade a produção e distribuição de riscos será desenvolvida na mesma lógica de distribuição de riqueza entre os cidadãos gerada pelo capitalismo. Essa tendência é globalizada: produz e reproduz sentidos, ultrapassa barreiras nacionais. A dinâmica social, cultural e política cria ameaças globais que não dependem de classe e nem de nacionalidades. Para tanto, Beck explica que as premissas da sociedade industrial foram mantidas mesmo com a transformação científico-tecnológica, impactando significativamente as formas de vida nos novos paradoxos da sociedade mundial globalizada (BECK, 2016b).

Por outro lado, a atividade industrial humana trouxe consequências irreversíveis ao meio ambiente, de modo que as sociedades passaram a conviver com forças destrutivas que colocam a existência humana em cheque. O desejo de segurança conduziu à uma busca pelos perigos que estariam à espreita e os riscos passaram a ser avaliados, medidos, teorizados, inclusive diante de situações que levam ao seu desconhecimento em concreto. A busca por evitar que os perigos causados pela própria sociedade se tornem ameaças

sociais, econômicas e políticas aos sistemas da sociedade mundial industrializada são chamadas por Beck de *modernização reflexiva* (BECK, 2016b).

Essa condição leva ao fim da história social e acarreta a perda dos paradigmas que sustentam a existência humana, inaugurando um regime de sistemas que se renovam em suas próprias dinâmicas (autopoiese). A implosão da velha ordem para o novo e o rompimento com as tradições holísticas, propiciada pela ultra-especialização científica, moldou uma sociedade que se diferencia em si mesma por subsistemas totalmente auto operacionalizáveis (GIDDENS, 1996). No que toca à pós-modernidade, o prefixo pós seria o fator condutor da desorientação da sociedade ao lançar a rigidez do passado ao futuro (passado+pós), pois simultaneamente nomeia e nega, “a despeito de um passado *ainda* vigente, tornar visível o *futuro que já se anuncia* no presente” (BECK, 2016a, p. 11).

Esse jogo de disputas existentes no cálculo dos riscos e como esse conceito se tornou socialmente construído é o ponto da sociedade do risco, já que as reavaliações dos padrões de segurança/risco são constantes. A humanidade enfrenta, então, a necessidade de decidir, mas não se abre para as possibilidades inerentes à decisão de que as coisas não saiam como esperado (contingência).

Contudo, essas ameaças são apenas uma parte da sociedade de risco. A outra face produz ciência e abre espaço para a anti-cientificidade, além de manter classes e tradições sociais em um estado de bem-estar social. Há o deslocamento na relação entre produção e reprodução. No campo acadêmico, a ciência se institucionaliza, e com ela a dúvida metódica, o que abre espaço para a reflexividade científica, entendida como a condição do pensamento científico ao se expandir para fora e permitir a contracrítica e a crítica metodológica. Nesse contexto, os riscos permitem a interação entre conhecimentos tradicionais e multidisciplinariades, formando novas estruturas no contato entre ciência, prática e espaço público (BECK, 2016a).

Essa questão é importante porque esses riscos lançados sobre a ciência, prática e opinião pública formam uma interação tensa que se revertem novamente sobre a ciência, oportunizando crises identitárias no contexto da sociedade e gerando a crítica à ciência e à modernização pelos movimentos sociais. Como a prática científica seguiu pelo caminho da teoria da ciência voltado a convenção, por dentro recuou diante das decisões da sociedade e por fora multiplicou os riscos (BECK, 2016a).

É importante mencionar o caminho do pensamento científico contemporâneo em Beck, que incorpora as premissas da modernidade, considerada como uma sociedade que se reproduz e vive no presente. A modernidade é tida como o avanço máximo da sociedade industrial: cosmopolita, integrada, desenvolvida, neutra. Por isso a racionalidade científica é interpretada como relação de causalidade, em sistemas de normatividade especializadas que tentam substituir a incerteza (risco) pela consciência teórica-científica universalizante (BECK, 2016a).

Esse pensar assume uma fórmula social de definição que determina a consciência dominante: a disputa da definição em torno dos riscos e da extensão de seus efeitos colaterais. Isso ocorre porque a sociedade do risco é catastrófica e orientada para compreender ameaças e rejeitá-las, dilatando a sensação de segurança. Como assume as formas institucionais da sociedade industrial, utiliza-se da lógica iniqua de distribuição de riquezas. Em verdade, a produção de riscos domina a riqueza ao capitalizar as ameaças sociais e o potencial cultural e político dos cidadãos, mantendo presente ameaças globais iminentes (BECK, 2016a).

Com a institucionalização dos discursos acadêmicos e médicos, a própria ciência se institucionaliza e passa a ditar os contornos das políticas no seio das democracias. As premissas do campo democrático são reduzidas diante do rigor técnico auto-controlável dos estudos científicos, que aliado à expansão econômica, adquirem papel dominante na configuração do espaço social. Há contradição entre a expressão universalizante das democracias liberais e as formas que as instituições funcionam quando se percebe a manutenção das velhas formas de viver sob o manto da modernidade. A criação e difusão de novos riscos serve como diretriz de manutenção dos eixos estruturantes da sociedade e lançam para o futuro a perspectiva de expansão contínua e livre de riscos (BECK, 2016a).

Como os riscos não podem ser apreendidos pelos sentidos, necessitam da ciência para sua verificabilidade prática. A confiança que goza a ciência parte da segurança dos critérios da racionalidade como solução de todos os problemas, ainda que de ordem social ou política. O perigo é confirmado pela necessidade crescente de segurança em uma sociedade universal, que gera novos conflitos e diferenciações ao lidar com os riscos gerados pelo seu próprio desenvolvimento. Essas tensões quanto ao grau, extensão e urgência dos riscos polarizam as relações sociais de forma parcial e arriscam a solidariedade ao tentar eliminar as ameaças. Este é o caminho que legitima a produção

científica como enunciadora de verdades verificadas, medidas, generalizadas e, portanto, comprovadas e inquestionáveis (BECK, 2016a).

Embora a dinâmica democrática tente equilibrar as forças sociais e políticas, os esforços civilizacionais da modernidade caminham para esconder a produção dos riscos e camuflar seu consumo desigual. A reflexividade do pensamento científico permitiu seu desenvolvimento e garantiu o local de destaque na modernidade. Contudo esta reflexividade inerente aos processos científicos não é transferida para o campo democrático, evitando a conversão de tabus práticos em teóricos (BECK, 2016a). Esta é a potência da sociologia do risco no presente estudo: questionar a reflexividade interna e externa da ciência no discurso usado para respaldar uma política pública discriminatória.

Isso porque os avanços científicos trouxeram para a medicina e para as ciências sociais a percepção do risco associado ao poder de dizer os recursos coercitivos condicionantes dos desejos. Ao alternar as condições pessoais e sociais, o risco deixa de se tornar uma categoria neutra ou isenta de valores. Pelo contrário, é medido e constatado pelas individualidades diante de um *status quo*, que se tornou forma de controle social pelo Estado (LIEBER, RR., ROMANO-LIEBER, NSR, 2003).

Como criação humana, os riscos são conhecidos, estudados e desenvolvidos dentro da racionalidade científica produtora de certezas provisórias e questionáveis. Por isto há possibilidade de examinar as estruturas a partir das possibilidades do ser e das categorias que ainda estão em disputa, o que pode desarticular as certezas propostas e manter a contradição e a complexidade da categoria “risco” sob constante tensão (LIEBER, RR., ROMANO-LIEBER, NSR, 2003).

Nesse contexto, a sociedade do risco tem importância fundamental na dissertação por permitir a exploração dos contextos sociais e políticos nos quais as decisões sobre a doação de sangue por homossexuais foram tomadas, trazendo uma perspectiva social crítica sobre as formas de construção do risco epidemiológico nos documentos oficiais e sobre os discursos sobre a homossexualidade. A sociologia das incertezas também autoriza perceber a interação entre a concepção dos riscos cientificamente produzidos e o ambiente público-democrático, notadamente no julgamento da ADI 5543 pelo Supremo Tribunal Federal.

3.1.1 Teoria crítica da sociedade de risco

Na obra “Sociedade de Risco Mundial: em busca da segurança perdida”, Ulrich Beck (2016b) revisita a sociedade do risco para repensá-la diante de grandes fenômenos mundiais, tais como o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos ou a utilização em larga escala de reatores nucleares. Nessa releitura da sua obra principal, Beck aborda não mais a modernidade simples pensando a si própria, mas a sociedade de risco diante da cosmopolitização em escala mundial, de modo que a dinâmica da individualização aparece apenas pontualmente.

Afirma ser o risco uma antecipação da catástrofe, que não conhece qualquer limitação espacial, e se refere “à realidade controversa da possibilidade, que tem de se distinguir, por um lado, da possibilidade puramente especulativa e, por outro, da catástrofe acontecida” (BECK, 2016b, p. 31). Portanto, riscos são acontecimentos futuros que ameaçam e podem vir a acontecer, é uma antecipação com concretude de real, acreditado pelas pessoas e que obriga reavaliar o político.

Com relação à sociedade de risco, as consequências do processo acelerado de modernização criaram novas formas e condições para cálculos dos riscos, notadamente diante de um novo ambiente político e social nos quais as questões culturais adquirem destaque nas decisões possíveis ou reais nos sistemas técnicos. Assim, as ciências, incluído o âmbito jurídico, participam e levantam discursos sobre risco, apreciando a auto-restrição normativa. No campo jurídico, o direito do risco aprecia os caminhos da sociedade diante dos riscos e como a origem técnica e científica interferem na gestão do público.

Beck (2016b) ressalta que o desenvolvimento das ciências naturais, técnicas e sociais caminharam institucionalmente para a manutenção da segurança pelo Estado, especialmente em confronto com o futuro incerto. Essa nova versão da sociedade de risco se depara na decisão política de decidir sobre os rumos das circunstâncias de insegurança produzidas por si própria, em um contrato de risco que voltado para controlar e compensar a probabilidade de incertezas e de perigos gerados pelo avanço científico, que torna os riscos coletivamente visíveis. Assim, a redução e distribuição justa dos perigos está em apreciação pelo Estado para tentar diluir o medo das incertezas de naturezas sistêmicas e estatisticamente calculáveis, permitindo a submissão a regras compensatórias e preventivas em nível coletivo (BECK, 2016b). Sobre a perspectiva do medo social, afirma:

O medo determina o sentimento existencial. A prioridade máxima na escala de valores é atribuída à segurança, que suplanta a liberdade e a igualdade. Verifica-se um agravamento das leis, um <<totalitarismo da defesa contra os perigos>> aparentemente razoável (p. 30).

Por outro lado, na sociedade de risco mundial, a percepção do risco é a subjetividade do risco e serve para investigar atitudes como resposta e reação às compreensões pessoais, comumente associadas com o regime científico dos peritos. Assim, quanto mais imperceptível o risco mais fácil é de serem percebidos como tal. Registre-se que esta percepção muda de acordo com o país ao qual o perigo ou a catástrofe se refere, sendo que o próprio sistema perito está em xeque pelo agravamento da consciência sobre os riscos.

A importância de uma teoria crítica da sociedade de risco mundial, ou uma base crítica da crítica à modernidade, é trazida por Beck (2016b), que inicia a discussão afirmando que o risco tudo transforma pela regra do tudo ou nada:

Quando um grupo representa um risco, as propriedades que o caracterizam normalmente desaparecem e ele passa a definir-se apenas através deste <risco>. O grupo fica fora de jogo e é ameaçado de exclusão.

Essa colocação é importante porque o autor defende a dissolução dos binarismos pelo risco, de modo a não haver situações indenizadas de risco, mas situações mais ou menos arriscadas em relação umas às outras. Por este motivo, o risco está simultaneamente ausente e presente, o que justifica uma política de prevenção de riscos. Além do mais, também define uma responsabilidade individual e social, de modo que o indivíduo deve assumir responsabilidade por suas decisões (individual) e pelo comportamento do outro (social).

Na sociedade de risco mundial, o perigo global faz com que sejam oferecidos recursos para compreensão dos perigos, embora haja seletividade refletida sobre os limites conscientes. A pluralidade de vozes não consegue implementar a necessidade do direito a ser socialmente compreendido. Em termos sociais, os riscos permanecem incalculáveis e as inseguranças produzidas, sempre em confronto com a possibilidade de catástrofe nos processos e na distribuição não equitativa das vantagens e desvantagens. Diante desse conflito contraditório, interesses políticos divergentes são colocados no espaço público e transformam as múltiplas vozes conflitantes na sociologia crítica (BECK, 2016b).

Portanto, os riscos são impostos coletivamente e são “inevitáveis do ponto de vista individual, objetivamente incontroláveis e, em última análise, não seguráveis” (BECK, 2016, p. 350). Isso porque a autotransformação antropológica do humano segue como “consequências da modernização radicalizada e as instituições sociais que a permitiram” (p. 351). É que as projeções sociais dos riscos aceitáveis também são incorporadas em níveis individuais, mas não como forma de expressão da individualidade, mas como uma projeção da modernidade refletida produtora de catástrofes e que não oferece garantias de segurança das suas decisões políticas, inclusive.

Por outro lado, ao tratar da necessidade de reflexividade diante do cosmopolitismo real, Beck (2016) lança que o desafio político da sociedade de risco é “promover a interação entre diversas lógicas sistêmicas, sem as anular completamente” (p. 360). É que a reflexividade se contrapõe à autopoiese, de modo que as opiniões de peritos e legislações, além das opiniões morais, pouco valem nos sistemas que a produziram, fazendo necessário, assim, reinventar a política por meio da abertura dos sistemas fechados (autopoiese invertida).

Por isso se mantém crescente a contradição dentro dos subsistemas, que embora aparentes não conseguem ser diluídas sem a afirmação das instituições como ahistóricas e perpétuas. Os perigos institucionalmente anunciados alavancam a autocrítica involuntária dos sistemas peritos e leigos, manifestado na incapacidade de antecipar as inseguranças e proteger a sociedade do que não consegue saber. As instituições respondem, então, tentando controlar os riscos ao tomar consciência da possibilidade de erro nas decisões políticas. Essas disputas entre construtivismo e institucionalismo giram em torno das relações de definição sobre o que é verdade, tornando-as políticas e inteligíveis.

Beck (2016b) coloca a questão da necessidade de uma nova ética e de uma nova ordem de responsabilidade, de uma democratização das relações de poder de definição na sociedade de risco mundial, por outras palavras, a questão de uma Modernidade *responsável*. (BECK, 2016, p. 354). De toda sorte, a insegurança ontológica transfere os riscos para o indivíduo, destinatário final de todas as crises institucionais e políticas e que vivenciam no real as consequências das formas de insegurança. Portanto, friso a tendência trazida por Beck da transferência de insegurança coletiva para a esfera individual de conduta dos cidadãos, o que é importante quando o assunto se relacionar com as formas

de vulnerabilidade e práticas sexuais que apresentariam risco acrescido de infecção por HIV.

Desse modo, os riscos também atuam enquanto formas de desigualdade social, pois permitem que os detentores de poder transfiram os riscos de suas práticas para outras pessoas. Como os riscos não existem enquanto coisas, são produzidos e materializados como números, dados epidemiológicos, *surveys* e formas de vigilância, voltados para manutenção do poder de quem enuncia o risco. Ademais, se apresentam como

Conflitos em torno dos riscos nos quais os mundos se dividem entre os decisores que, em última análise, poderiam evitar os riscos e os consumidores forçados dos peritos – não envolvidos nestas decisões – que são transferidos para estes como <<efeitos secundários não desejados, não vistos>> (BECK, 2016, p. 355).

Essa falta de equidade nas distribuições e falta de clareza na determinação dos riscos contribui para um horizonte de desigualdades estruturais que estimulam percepções culturalmente neuróticas. O caráter global da sociedade de risco gira, por assim dizer, em uma dinâmica contraditória entre unidade e desintegração. Essa condição tem base na transformação social, que deu origem a disputas sobre gênero pelos movimentos sociais e cívicos, buscando novas formas de democracia e políticas de governança.

O autor ainda avança sobre as lógicas econômicas, ecológicas e terroristas da sociologia crítica do risco, que não são objetivos contemplados por esta dissertação, de modo que sigo pela sociedade de risco enquanto crítica à teoria social. Em linhas gerais, Beck descreve a intensa mudança da sociedade cosmopolita em seu registro empírico, de modo que as experiências práticas são globalmente reflexivas, o que influencia a imagem dos indivíduos e coletivos diante do poder e das formas de ação social. O autor menciona que os contornos da sociedade de risco mundial surgem dos efeitos secundários e não desejados dos riscos, que derivam da concepção linear dos fatos sociais e das formas de universalismo contextual, que podem ser superados pela dissolução da concepção de verdades perenes (BECK, 2016b).

Assim, os embates explicativos de interpretações conflitantes, no desejo de dizerem a verdade, servem para sobrepor fenômenos antigos e novos na sociedade, rompendo com a concepção de que as culturas seriam fechadas em si mesmas. Por isso, seria necessário questionar as falsificações das verdades históricas pelos modelos científicos e introduzir a realidade da insegurança planetária. Essas considerações

sustentam um dos pontos da sociedade de risco: a busca pela segurança perdida, que dita a relevância das questões em nível pessoal e político, em escala mundial, inclusive. Isso permite que a teoria faça análises histórico-empíricas que desejam romper com os padrões de modernidade automatizada e linear para abertura de novas alternativas políticas. Nesse contexto

Como o risco significa o mesmo que conflito em torno do risco, o confronto de atores sociais dentro e entre instituições, campos de ação políticos e subpolíticos e movimentos sociais torna-se uma fonte abundante de *alternativas possíveis* (BECK, 2016, p. 379).

Outrossim, as sociologias voltadas para a integração podem continuar a trabalhar o “normal” e “divergente”, em total desacordo aos riscos mundiais, ao passo em que a análise mais adequada dos riscos rompe com a categorização binária, já que a virtualidade real do risco somente pode ser percebida diante da necessidade de abertura às novas alternativas. Assim, propõe a abertura dos ouvidos para as vozes do mundo para evitar a expressão deletéria dos efeitos secundários resultantes da modernização radicalizadas. Além disso, é necessária uma ciência da realidade, que não parta de falsos valores de normas homogeneizadas e permita a abertura autocrítica da sociedade.

Portanto, é importante consolidar a sociologia de risco como teoria voltada para compreender a cientifização a partir de relações de causalidade e como esses processos produzem interações sociais, permitindo uma compreensão tecnológica da democracia enquanto uma disputa no devir social, na qual as decisões políticas, sociais e econômicas são tomadas para socializar as ameaças e aumentar a segurança. Assim, é uma teoria preocupada com a possibilidade de verificação da eticidade dos riscos produzidos pela ciência e como eles determinam a que ou a quem são atribuídas as causas dos fenômenos, bem como qual decisão política é socialmente aceita. Por isso, a crítica à ciência e à práxis serve como ferramenta para resolver problemas culturais criados com a rejeição da contingência ao evidenciar a iniquidade da distribuição dos riscos. É essa tensão entre o grau, a extensão e a urgência dos riscos que polarizariam as relações sociais e arriscariam a solidariedade dentro dos giros epistêmicos no pensamento científico (BECK, 2016b).

No que toca à sociologia crítica do risco, a compreensão de que a sociedade de risco mundial está voltada para ampliar os horizontes de escolhas no ambiente social, cultural e político, emerge como forma de reverter a autopoiese típica da modernidade. Nesse aspecto, os subsistemas da modernidade afirmam as instituições como ahistóricas,

perpétuas e legitimadoras políticas dos ideais de segurança desejado. Por isso, a sociologia das incertezas questiona o monólito da segurança como valor maior, acima da liberdade e da igualdade, notadamente quando distribui os riscos de forma não-equitativa.

Por outro lado, ao tensionar a autocrítica dos sistemas-perito (modernização reflexiva), a sociologia das incertezas faz transparecer as disputas sobre a verdade na realização de políticas públicas. Esse movimento busca repensar a responsabilidade da ciência na democratização das relações de poder na pós-modernidade responsável. Assim, critica a transferência da responsabilidade ontológica da sociedade para os indivíduos, que já vivenciam a real insegurança enquanto destinatários finais das crises institucionais e políticas.

Por fim, a sociedade crítica de risco é uma ferramenta teórica voltada para diluir os efeitos secundários não desejados (exclusão) que surgem com uma concepção linear dos fatos sociais, permitindo novas alternativas do possível. Passo, então, a tratar na seção seguinte a questão da arquitetura política do corpo e do conceito da analidade das bichas enquanto metáfora do poder biopolítico sobre os corpos. Essa questão é particularmente interessante porque gira justamente em torno dos binarismos de gêneros que a teoria crítica do risco propõe dissolver com a abertura autocrítica da sociedade (BECK, 2016b).

3. 2 A arquitetura política do corpo e a analidade das bichas

Conforme relatado, as discussões no Supremo Tribunal Federal caminharam para delinear não só a portaria impugnada que trata de grupos ou práticas de risco, como também se as práticas anais masculinas (pênis-ânus) teriam mais chance de infecção por HIV do que as práticas sexuais pênis-vagina. Assim, considero importante trazer algumas reflexões teóricas sobre a arquitetura política dos corpos e as formas de constituição das subjetividades e desejos. É importante ressaltar que estas estão inscritas pela ordem social normatizada do regime heterocentrado, notadamente ao marcar a homossexualidade como implicitamente diferente e, no caso, adoecida.

De maneira geral, traçamos aqui como a sociedade de risco detém o poder de produzir discursos traçados como verdades absolutas, causando os efeitos secundários não desejados (exclusão). Por isso, esta seção e a seguinte buscarão delinear alguns dos fatos sociais discutidos no julgamento da ação sob a perspectiva da vulnerabilidade das populações-chave, em vez de grupos de risco ou práticas de risco, entendimento

atualmente utilizado pela Organização Mundial da Saúde, conforme descreverei mais adiante.

A intenção é evidenciar a significação dos corpos que forma uma arquitetura política a qual retira o ânus do corpo social, relegando-o para o campo privado e tornando-o ausente de qualquer discursividade política e teórica. Por isso, começo por uma digressão sobre como os corpos são monitorados a partir de uma força sexual hegemônica, o heterossexismo, tido como um modelo de sexualidade acabada e perfeita. Sigo trabalhando os essencialismos de gênero e sexualidade que são impostas à homossexualidade, utilizando do marco teórico de Preciado (2009, 2017), Foucault (2017), Parker (2000) e Vidarte (2019) para desconstruí-los. Assim, as lições sobre as condições sociais e políticas associadas à prática anal por homossexuais ou bichas são pensadas a partir da necessidade de rompimento com as estruturas normativas que dominam a sexualidade. Por último, o debate sobre a analidade é apresentado como uma força teoria que pode interagir com o gênero e com as relações sociais debatidas no espaço público-constitucional, revelando sentidos do não dito que ainda permanecem.

Desse modo, me esforço para formular uma tentativa de liberação teórica e política sobre a analidade masculina, voltada para questionar a normatização do gênero propiciada pela estabilidade das relações heterocentradas. A metáfora do ânus da bicha é utilizada como forma de revelar a composição cultural, histórica e social do quadro de opressões sofridas. Isso é relevante, uma vez que as desigualdades discursivas e políticas em torno da prática sexual anal reproduzem binarismos excludentes, tais como, homem-mulher, pênis-vagina, ativo-passivo, seguro-arriscado e afins.

Essa reflexão tem por objetivo, ao tratar da prática da analidade por homens gays ou homens que fazem sexo com outros homens (ainda que não se identifiquem como gays), mostrar que a retirada das práticas sexuais anais da discursividade política pode fomentar um marcador epidemiológico que não considera a complexidade social e cultural das práticas sexuais da população LGBT ao tentar garantir a segurança da política de hemoterápicos.

Paul Preciado (2014) questiona a naturalização e essencialização do sexo nos corpos e a função destes determinismos em uma sociedade marcada pela plasticidade prostética (hormonal, procedimental – modificável). Assim, considera o corpo enquanto um construído biopolítico, modificável, intercambiável, tensionador dos dispositivos de opressão, das performances de gênero e essencial lugar de resistência *queer*. O autor

espanhol define a contrassexualidade como um espaço de resistência biopolítica em oposição ao regime de gênero que subjuga e simplifica os corpos em um regime político determinado: a heterossexualidade. Desse modo, a heterossexualidade marca os corpos com diferenças sexuais e de gênero que foram essencializadas como verdades biológicas (PRECIADO, 2014).

Nesse aspecto, o autor também afirma que a ordem heterossexual reduz o corpo a zonas erógenas específicas, enumeradas a partir da distribuição assimétrica entre os gêneros feminino-masculino, fragmentando os corpos e extração de órgãos ou partes deles como significantes sexuais, alguns naturalizados e outros eliminados. A fabricação da heterossexualidade permite o recorte de partes do corpo como órgãos sexuais, binários, diferenciados. A função tecnológica é reduzir e erradicar a ambiguidade sexual e definir uma condição anatômica-política dos órgãos para os prazeres tidos como legítimos (PRECIADO, 2014).

Assim, a identidade sexual como posta e reforçada na sociedade seria produto de uma tecnologia biopolítica, que recorta abstratamente as performances sociais aceitáveis a partir de órgãos especificamente destinados à prática sexual natural: pênis e vagina. A determinação de uma verdade biológica para os órgãos sexuais serve, no pensamento de Paul Preciado (2014), para conferir sentido aos corpos sexualizados enquanto produtores de coerência entre prazer e zonas erógenas geradoras da identidade sexual. Portanto, a construção binária contida no pênis e na vagina daria concretude à verdade do gênero, compatibilizando a correspondência dos órgãos à uma ordem sexual ideal (PRECIADO, 2014).

Como se os olhos fossem finalmente os encarregados de estabelecer a verdade do gênero verificando a correspondência entre os órgãos anatômicos e uma ordem sexual ideal binária. Dito de outro modo, nós não somos capazes de visualizar um corpo fora de um sistema de representação sexual heterocentrado. [...].

Na realidade, a normalidade estética e funcional dos órgãos sexuais é o resultado da aplicação sistemática desses critérios arbitrários de seleção. (PRECIADO, 2014, p, 136/137).

Assim, sigo o caminho trilhado por Paul não para negar as diferenças biológicas entre os sexos, mas para perceber uma ordem objetiva e factual que dispõe sobre a naturalização do gênero baseada na dicotomia entre masculino e feminino, e como isso influencia no tratamento jurídico por certos dispositivos legais, conforme desenvolverei posteriormente. (BORILLO, 2010). Isso porque essa forma específica de socialização

permite a reprodução social que legitima um regime de desigualdades tido como inescapável, diante da sexualização automática dos corpos em uma elaboração política chamada por Foucault de dispositivo. Esse dispositivo atua como um regime político de conformação estatal dos corpos e mentes, mediante a gestão não só do sexo, mas também “agenciamento político da vida, que se constituiu, não através da submissão de outrem, mas numa afirmação de si” (FOUCAULT, 1999. p. 116). Portanto, a autosssexualização do corpo heterossexual foi criada para geri-los e manter o valor diferenciado quanto aos demais (classe, raça).

É no surgimento da sexualidade heterossexual que surgem os discursos médicos que consideram a homossexualidade como doença, perversão, maculado por desvios morais e perigosos para a ordem sanitária. Daí o surgimento dos discursos sobre a homossexualidade que atuaram sistematicamente no campo médico, normativo, e político para criar uma hierarquia sanitária dos sexos e da sexualidade (BORILLO, 2010).

Segundo Preciado (2014), ao se reinscrever por repetição, a heterossexualidade identifica os espaços de erro da inscrição dos códigos e signos (bicha, sapatão, caminhoneiras, bibas) e reforça o poder sobre os desvios. Nesse contexto, também nega a homossexualidade enquanto identidade, especialmente porque ela já é essencialmente estigmatizada como abjeta e anormal por uma tecnologia sexual que retira a naturalidade dos desejos e das práticas sexuais nos corpos. Em verdade, o autor nega o exercício de corpos-homens e corpos-mulheres, conclamando a vivência enquanto corpos-falantes, sujeitos que renunciam à sexualidade fechada e produtora de sentidos sociais, econômicos e jurídicos de suas práticas. Livres, portanto, e “equivalentes – e não a iguais –, o que permite a desconstrução dos sistemas de controle das práticas sexuais e dos binarismos de gênero (PRECIADO, 2014, p. 36)”.

Portanto, seria a heterossexualidade a força mantenedora do sexo enquanto forma binária, reduzindo e erradicando ambiguidades não desejáveis para o regime político. O recorte de performances sociais aceitas se manteria vigente pelo reforço da sexualidade normal como produto de uma tecnologia biopolítica. Paul Preciado, em seu artigo¹⁴ nomeado “terror anal” (2009), conclama que desconfiemos da identidade, que seria uma construção social com uma reserva de verdade, um espelhamento de esferas políticas. Não haveria um desejo homossexual porque não haveria um desejo heterossexual, já que

¹⁴ Terror anal é um artigo usado como epílogo da obra “El deseo homossexual: con terror anal”, de Guy Hocquenghem.

os desejos seriam um “recorte arbitrário de fluxos ininterruptos de sentidos polívocos” (PRECIADO, 2009, p. 46). A normalização seria uma forma de codificar esses fluxos para atingir as subjetividades e determinar as formas das potências de agir.

Para fins desta dissertação, é especialmente relevante esmiuçar como a heterossexualidade compulsória age nos corpos enquanto estruturas biopolíticas, para colocá-los na discursividade pública enquanto sexualizados e essencialmente restritos a práticas sexuais específicas em razão do regime de gênero. Em outras palavras, como os corpos *queer* são submetidos como desviantes em prol da normalização da sexualidade heterossexual pelos discursos científicos e como essa condição retira a discursividade política sobre seus corpos, órgãos e práticas sexuais.

Nesse contexto, Foucault (1984) analisa o papel masculino-ativo e feminino-passivo nas práticas sexuais, e como isso implica em formas de subjetivação dos prazeres possíveis aos corpos a partir de uma diferenciação moral. O autor denomina de papel ou polaridade a apreciação moral do comportamento sexual a partir das atividades dos corpos e às vidas em geral, conforme descrito a seguir (1984, p. 44/45):

(...) é preciso sublinhar que, na prática dos prazeres sexuais, distingue-se claramente dois papéis e dois pólos, como também podem ser distinguidos na função generativa; são dois valores de posição — a do sujeito e a do objeto, a do agente e a do paciente (...). Enquanto que a experiência da "carne" será considerada como uma experiência comum aos homens e às mulheres, mesmo se não toma a mesma forma em ambos, e enquanto que a "sexualidade" será marcada pela cesura entre sexualidade masculina e feminina, os *aphrodisia* são pensados como uma atividade implicando dois atores, cada qual com seu papel e função — aquele que exerce a atividade e aquele sobre o qual ela se exerce.

Essa questão é importante, pois o presente trabalho investiga narrativas de risco e analidade na política de hemoderivados, de modo que destrinchar alguns significados das práticas sexuais anais para a teoria *queer* e as suas implicações para os sistemas normatizadores de comportamentos se tornam fundamentais para a compreensão do campo. Por isso, trago as discussões teóricas sobre o ânus enquanto metáfora e síntese do regime biopolítico que incide sobre os corpos, especialmente sobre aqueles que performam uma homossexualidade não enquadrada como do homossexual masculino, também conhecidas como bichas.

A partir desta concepção foucaultiana, as marcas de gênero estão nos atos sexuais e, nesse contexto, também se mostram presentes quando envolvem o ânus como forma de receber e propiciar prazeres. Assim, percebo que a presença destes marcadores simbólicos

de masculinidade e feminilidade organizam as relações entre macho-fêmea também nas interações entre pessoas do mesmo sexo, em especial, nas bichas. Ao investigar as culturas do desejo, a homossexualidade, a comunidade gay no Brasil e como esses sistemas influenciam a experiência do desejo e da identidade sexual, Richard Parker (2002, p.56) preleciona:

O homem que se envolve em um relacionamento sexual com outro homem, então, não sacrifica necessariamente sua masculinidade culturalmente construída – pelo menos desde que ele desempenhe um papel masculino culturalmente percebido como ativo durante o ato sexual e se comporte como um homem na sociedade. O homem que adota uma atitude passiva, de fêmea, contudo, seja no ato sexual ou na interação social, quase inevitavelmente desvaloriza sua própria masculinidade.

O confronto entre o papel sexual esperado e as performances de gênero que deve desempenhar na sociedade faz com que haja uma disputa cultural e social sobre os papéis do homossexual. De um lado o homossexual viril, macho, quase-homem ao desempenhar sua função biológica de penetrador. De outro, o viado ou a bicha, figura feminina inadequada e que apresenta um papel de gênero desviante e inadequado e, por isso, objeto de rejeição e vergonha (PARKER, 2002).

Assim, a bicha representa o fracasso na atuação em conformidade com o estereótipo social biologizante por ser “incapaz de realizar seu potencial natural devido a seu comportamento social inadequado” e também por ser “incapaz de cruzar as fronteiras culturalmente constituídas de gênero devido às limitações inevitáveis de sua anatomia” (PARKER, 2002, p. 57). Pois bem, conforme já esboçado, o regime biopolítico atua sobre os corpos para delinear quais órgãos devem produzir sentidos e significados dentro da tecnologia sexual que reduz os prazeres às zonas específicas.

Assim, a criação de órgãos essencialmente sexuais – pênis-vagina – afirma a sexualidade normal e retira da discursividade possível órgãos que não tenham função biológica voltada para a procriação. Outrossim, o ânus normalmente é associado à função excretora, já que se constitui por um esfíncter no final da abertura exterior do tubo digestivo, localizado na extremidade do reto. Em latim significa anel, embora seja mais conhecido pela função de fechar, é também um lugar de passagem e, por que não, um lugar de recepção? (SAEZ, CARRASCOSA, 2017).

Parece-me, portanto, evidente suscitar que o valor inferior da prática sexual passiva por um homem está intimamente associado com a redução do valor do feminino

nas sociedades e também com a perda de sua masculinidade. Sem embargos, os desejos e identidades também são moldados por esse complexo código sexual que organiza as relações sexuais entre homens em torno de uma cultura popular que dita o que se pode fazer e o que não se deve desejar (PARKER, 2000).

Por isso, a partir da economia de reprodução sexuada da espécie humana e da biopolítica estrita, a bicha não tem pênis, apenas ânus (PRECIADO, 2000). Diante da sua capacidade infinita de passividade, todas as formas de opressão podem incidir, inclusive a construção da prática sexual anal como essencialmente de risco epidemiológico, conforme aconteceu na década de 1980 com a explosão do primeiro ciclo da AIDS. Aqui caminho em exercício reflexivo para evidenciar a codificação de fluxos de sexualidade que moldam subjetividades, potencialidades de agir na sociedade e também formas dominantes de percepções sobre riscos de condutas sexuais tidas como inadequadas. Portanto, não mais falo da prática anal como um ato privado em quatro paredes, mas como uma forma de questionar as socializações opressivas e a estigmatização da prática sexual anal, que a retira do campo público enquanto real, possível e saudável.

Em uma proposta provocativa, Preciado (2009) explica sobre o que consistiria o uso coletivo do ânus, a utopia anal, em cinco premissas: a) o ânus não tem sexo ou gênero e escapa da retórica sexual (e por isso é um órgão pós-identitário que rechaça os marcadores biologizantes); b) o ânus é um portal corporal que exige a castração anal do corpo masculino heterossexual (toda a feminilidade pode atingir a masculinidade quando em contato com o ânus, dissolvendo as oposições hetero-homo, ativo-passivo, penetrador-penetrado e confundindo as linhas da segregação de gênero e sexualidade); c) o ânus funciona como desestabilizador da hierarquia do sexo pênis-vagina e desterritorializa o corpo heterossexual (implode as hierarquias sexuais entre órgãos e retira o ânus da esfera privada de prazer, conclamando seu uso público e coletivo); d) retira o ânus da mais-valia do capital, pois é um lugar condenado a produzir dejetos e não pode ser politicamente correto; e) todos os órgãos não apropriáveis pelo capital são anais, pois não permitem uma cultura sexual pela reprodução da espécie, cuja premissa tende a considerar as bichas sem falo (poder) justamente por não penetrarem vaginas (PRECIADO, 2009).

Percebo a proposta como formas de romper ao mesmo tempo com o heterossexismo, as instâncias biologizantes da sexualidade e medicalização dos corpos, além dos binômios homem/mulher, ativo/passivo, privado/público, natural/tecnológico,

que permeiam os discursos sobre sexualidade. Assim, trago as lições de Paco Vidarte¹⁵, em seu livro chamado *Ética Bixa* (2019), no qual se insurge contra as condições estruturais de submissão e sofrimento, de opressão e discriminação, além da precarização das vidas das bichas.

Vidarte (2019) propõe ignição da sensibilidade do pensamento LGBT para que as pessoas se comportem como bichas, sapatonas e trans – bixitrans sapas -, pois assim novas formas de fazer política podem ser criadas não somente contra a homofobia, mas contra a estrutura de dominação homofóbica. A preocupação do autor não é formar um manual universalista de conduta LGBT, mas trazer a concepção plural da multiplicidade de pensamentos e conflitos no que significa viver como bicha e atuar perante o espaço público. Em verdade, escreve o manifesto para canalizar sua insatisfação com o sistema legal, com a perda de confiança no potencial transformador dos movimentos sociais e da sociedade, ao mesmo tempo que rechaça ser porta-voz de qualquer identidade ou lugar de fala. Por isso, defende ser a solidariedade um valor moral das bichas enquanto sujeitos políticos capazes de dizer sobre o que esperam do futuro, de modo a quebrar o equilíbrio de políticas institucionais discriminatória e da monopolização dos espaços democráticos, oportunizando uma autonomia coletiva que desestabiliza os micropoderes monolíticos.

A ausência de possibilidades no espaço público, segundo o autor, relega a bicha à inexistência simbólica e política. Diante da contestação de que a bicha não é sujeito de direito, propõe uma ética maricas – aqui bicha – ou uma analética, que busca conferir a iniciativa e capacidade política desde sempre negadas pelo poder. Sobre a diferença entre ser livre e ser liberto, dispara que “não é o mesmo o que o poder entende pelo cu de uma bicha o que uma bicha entende de seu cu”. Assim, propõe um novo *ethos* mais acolhedor, sem oferecer nenhum outro pré-concebido, mas que seja voltado internamente para desenvolver as potencialidades máximas das bichas, negando o papel social imposto pela concepção burguesa de democracia moderna. Sobre a analética:

No es lo mismo lo que el poder entiende por el culo de un marica, que lo que una marica entiende que es su culo. Para el poder somos putos culos, culos sin yo, sin posibilidad, necesidad ni aptitud para llevar iniciativa política alguna. Culos para darles, para que les den. Culos que reclaman servicios públicos para no cagarse por las aceras: está bien, se los daremos, no mola que nos llenen todo de mierda. Culos despolitizados. Pues bien, yo mi culo lo tengo colectivizado, que no es lo mismo que ser mi culo. Tengo un culo solidario, que no es igual que tener un culo que busca su placer egoístamente. Tengo un

¹⁵ Falecido pesquisador da Universidade Complutense de Madri, membro da militância LGBT e um dos primeiros a discutir teoria queer na Espanha.

culo entregado, que no es lo mismo que un culo vampiro. Tengo un culo comprometido, incapaz de follar con rabos anónimos, de derechas, depauperados, inmigrantes: dándole todo igual. O, al menos, ésa es la ética a la que aspira, su analética.(VIDARTE, 2007, s.p.).

Embora o pensamento de Paco Vidarte (2019) seja transgressor das formas tradicionalmente acadêmicas de pensar categorias de análise, considero-o de suma importância para o desenvolvimento desta dissertação, já que o objetivo principal é trabalhar as disputas sobre as concepções de risco que envolvem a analidade dentro do espaço constitucional de decisão política. Assim, interpreto todo o histórico de discriminação, opressão e negação de direitos civis às bichas, a partir da metáfora anal proposta por Vidarte (2019). O ânus aqui serve como metáfora da exclusão social e a perda de representatividade simbólica e efetiva na sociedade e que, ao mesmo tempo, denuncia a essencialização dos corpos na hierarquia de gênero, conforme os ensinamentos de Preciado (2009).

Nesse contexto, tenho que o manifesto de Vidarte (2009) dialoga com a perspectiva de Preciado (2000), que propõe o método anal das bichas como uma forma radical de deslocamento dos sujeitos e de enunciação científica, voltado para romper com a tradição epistêmica e promover uma fissura epistemológica (PRECIADO, 2000). Para Preciado, as ciências humanas devem repensar as formas que permitiram a construção da categoria homossexual, uma vez não existir homossexualidade sem homofobia, e permitir a “recodificação dos fluxos de saber-poder” (PRECIADO, 2000, p. 162).

Por esse motivo, essa dissertação tenta explorar algumas formas de produção de saber que, em última análise, dão suporte à fantasia de que somente as bichas praticam sexo anal e que esta prática sexual específica ameaça a segurança da política nacional de doação de sangue. Portanto, esmiuço a disciplina criada pelos discursos médicos e psicossociais dos órgãos que identificam os centros de prazer e isolam a homossexualidade do debate constitucional sobre suas práticas sexuais e sobre o poder de dispor livremente de seus corpos, prazeres e sexualidades. Em outras palavras, arremata Preciado:

Se os discursos das ciências naturais e das ciências humanas continuam carregados de retóricas dualistas cartesianas de corpo/espírito, natureza/tecnologia, enquanto os sistemas biológicos e de comunicação provaram funcionar com lógicas que escapam a tal metafísica da matéria, é porque esses binarismos reforçam a estigmatização política de determinados grupos (as mulheres, os não brancos, as *queers*, os incapacitados, os doentes...) e permitem que eles sejam sistematicamente impedidos de acessar as

tecnologias textuais, discursivas, corporais etc. que os produzem os objetivam. Afinal, o movimento mais sofisticado da tecnologia consiste em se apresentar exatamente como “natureza”. (PRECIADO, 2014, p. 168).

Percebe-se que a categoria “homens que fazem sexo com homens” significa tanto uma orientação sexual como a fluência de gênero nos corpos, mas que afeta demasiadamente os cidadãos que enunciam a homossexualidade enquanto categoria política na luta por direitos civis. Aliás, faço essa análise com base nas lições de Preciado (2014), segundo as quais o controle das reações físicas do orgasmo, como metáforas políticas, não pode ser deixado para o Estado, a medicina ou as organizações farmacêuticas. O questionamento das normas e procedimentos que desigualam as sexualidades somente é possível quando tensionados os limites entre o público e o privado, entre o masculino e o feminino, entre o ativo e o passivo, e os demais binarismos que se entrelaçam na produção da arquitetura política do corpo (PRECIADO, 2014).

Por isso, coloco a minha preocupação com o vocábulo pouco acadêmico que porventura possam apresentar as categorias de análise “ânus” ou “cu”, mas também considero a importância de trazer à discursividade científica novas formas de pensamentos e saberes. Além disso, trata-se de apresentar uma dissertação coerente com o referencial teórico utilizado para problematizar a analidade das bichas em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Friso a intenção de trazer à academia vocábulos que fazem sentido na vivência e nas práticas sexuais das bichas e demais pessoas LGBT que sofrem por homofobia, que talvez foram infectadas pelo vírus HIV ou, ainda, que potencialmente se entendam como não pertencentes à rigidez do pensamento e do ambiente acadêmico. De toda sorte, acredito que o contraste entre o vocábulo referenciado e a formalidade utilizada pelos ministros e pelos órgãos do Estado pode revelar novos sentidos a serem explorados nos capítulos seguintes, especialmente quando colocados em evidência diante de vocabulário que ousa romper com a linha do subentendido e do não dito.

Assim, a partir do exposto, faço menção ao quadro de violência institucional no qual a sociedade brasileira trata a população homossexual e LGBT, especialmente porque as políticas públicas são basicamente focadas para controle de infecções virais e doenças sexualmente transmissíveis, mas que desconsideram uma perspectiva alargada, crítica e reflexiva sobre o que é ser LGBT na sociedade e sobre os desafios diários para afirmação de direitos (Alves, Jéssica; Campos, Jéssica, 2009). Por isso, considero relevante trazer ao debate a possível perda de experiência adquirida pelo país ao longo dos anos para

evitar retrocessos no âmbito de prevenção, que atualmente tendem a não enfrentar as formas de precarização da vida ao negar o HIV/AIDS enquanto um fenômeno político (PARKER, 2016).

Dito isto, até então não tinha conceituado exatamente o porquê de me referir aos homossexuais como bichas. Contudo, após o aporte teórico apresentado, entendo ser mais fácil delinear os motivos que me fazem referir às “bichas” e não a homossexuais ou gays em diversos momentos ao longo desta dissertação. A diferença vocabular no texto para referir ao homossexual, gay, como bicha se justifica na conotação homofóbica dos discursos ou quando são compreendidas formas de opressão nas quais estes estão submetidos, especialmente quando associadas ao corpo da bicha passiva, ao corpo dos soropositivos, ou da própria bicha aidética, corporificação do estigma social construído ao longo dos anos. É uma tentativa de provocar a reflexão sobre as diversas camadas de violência, opressão e demais vulnerabilidades ao utilizar uma linguagem comumente utilizada para ofender no sentido da analética, de uma potência política e discursiva. Por outro lado, utilizo esse vocabulário em minhas reflexões e não altero as palavras quando são ditas pelos ministros, nas obras literárias ou em documentos oficiais.

Por fim, após delinear a construção do corpo enquanto plataforma biopolítica que seleciona os fluxos de prazer e os órgãos passíveis de discursividade no campo político. Na seção seguinte, avanço sobre o que é a categoria HSH e como os discursos sobre a homossexualidade tida como infectada por HIV, pertencente a grupos de risco ou mais sujeita a vulnerabilidades construíram-se ao longo das décadas de epidemia mundial.

3.3 Os discursos sobre hiv e a população-chave HSH: do risco à vulnerabilidade

O objetivo desta seção é trabalhar a interação entre os discursos sobre o HIV e homossexualidade que foram construídos pela ciência médica e social ao longo dos anos de epidemia mundial de HIV. A intenção é trazer elementos sobre complexidade da epidemia mundial de HIV e os diversos fatores multidisciplinares que influenciam na compreensão da doença, especialmente em relação a concepção de risco associado às bichas.

É ainda nebulosa a história do primeiro caso de HIV no mundo. Há quem defenda o aparecimento em setembro de 1979 no Japão e, logo em seguida, no Caribe. Contudo foi somente entre outubro de 1980 e maio de 1981 que os Estados Unidos identificaram

estranha incidência de pneumonia e protozoários entre homens homossexuais, até então saudáveis, nos estados de Nova Iorque e Califórnia. Essa mesma incidência também se mostrava presente entre os imigrantes haitianos e levantou as primeiras suspeitas de transmissão por via sanguínea ou espermática (PERLONGHER, 1987).

A epidemia de HIV começou a se desenvolver nos anos 1980 e rapidamente foi associado aos usuários de drogas, à população homossexual e aos estrangeiros. Inicialmente, em 1982, o HIV foi chamado de Doença dos 5H: homossexuais, hemofílicos, haitianos, heroinômanos e “*hookers*”, do inglês prostitutas ou profissionais do sexo. Esse é o ano do primeiro caso oficial diagnosticado no Brasil (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018)¹⁶. Portanto, percebe-se a vinculação inicial em populações especialmente vulneráveis, como imigrantes negros, usuários de drogas, bichas e prostitutas. Além disso, também chamado de câncer gay ou câncer rosa, o vírus HIV e a AIDS permaneceram por décadas como doenças típicas da população homossexual, moldando um estigma não só nos corpos, mas no consciente popular: a bicha aidética (PERLONGHER, 1987).

O desenvolvimento das primeiras etapas de pesquisas sobre HIV nos anos 1980 buscava responder perguntas básicas como número de parceiros, critérios de escolha e frequência estatística dos números de infecção (PARKER, 2000). Nesse momento, o foco do pensamento epidemiológico ainda buscava compreender os motivos que conduziam ao adoecimento e como evitar novas infecções. A propósito, importante mencionar ser a epidemiologia a ciência que intenta compreender a etiologia dos processos de adoecimento e saúde de uma determinada comunidade, utilizando-se de dados populacionais, sociais e afins (PEREIRA, 2003).

A epidemiologia do risco é o modelo que se desenvolveu a partir de 1945 e permanece em desenvolvimento. Sua função é auxiliar a ciência biomédica a identificar a etiologia das doenças, sugerindo, e não afirmando, os vínculos causais que as ciências naturais duras devem estabelecer (AYRES, CALAZANS, SALLETI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012). Nesse contexto, busca gerar um coeficiente a partir da divisão do número de casos pela população atingida, sendo o estudo do comportamento coletivo dos processos de saúde e doença uma de suas premissas básicas, e por isso a epidemiologia

¹⁶ Informação disponível no sítio eletrônico do Ministério da Saúde>Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis

considera a distribuição desigual dos agravos à saúde e os fatores determinantes da doença (PEREIRA, 2003).

Desse modo, a inspeção sobre a distribuição dos casos de uma doença serve como ponto de referência para traçar as causas das variações envolvidas na distribuição de um evento. No caso das doenças infecciosas, o complexo causal é multicausal ou multifatorial, o que designa "determinantes etiológicas" da doença sem a qual ela não ocorre. São exemplos a suscetibilidade individual e os graus de exposição das pessoas ao risco de adoecer. Esses dados coletados no nível individual e coletivo podem ser tratados para realizar o cálculo estatístico do risco epidemiológico (PEREIRA, 2003).

Risco epidemiológico pode ser definido como o grau de probabilidade da ocorrência de um determinado evento e sua associação com um fator de risco à exposição e o surgimento subsequente da doença. O cálculo do risco é feito pela identificação da população com riscos semelhantes para resultado da divisão da incidência sobre a população. A taxa utilizada para definir as populações sob risco é a taxa de incidência, calculada pelo coeficiente entre o número de novos casos por período, ao passo que a taxa de prevalência mede o número total de doentes em uma população (PEREIRA, 2003).

Delineada a concepção de risco epidemiológico, importante registrar o desenvolvimento da epidemia de HIV no Brasil no começo dos anos 1980 e como a associação da doença à população homossexual foi construída no imaginário coletivo. Em linhas gerais, a sociedade civil entrava no período final da ditadura militar e a repressão sexual ainda era excessiva. Contudo, com o início da democracia e o caminhar na construção da democracia participativa, as demandas sociais passariam a reclamar a implementação do SUS e novas formas de lidar com a doença, conforme explicarei a seguir.

Em curto espaço de tempo, as autoridades sanitárias perceberam o crescimento dos casos notificados, fazendo soar o alarme de um impacto na saúde pública e na economia nacionais (GRANGEIRO; SILVA; TEIXEIRA, 2009). O alarmismo causado pela mídia, a distorção do fenômeno HIV/AIDS pela comunidade médica e a percepção de que existia uma marginalidade inerente às pessoas adoecidas moldaram o imaginário coletivo sobre os processos de adoecimento por HIV/AIDS (PERLONGHER, 1987).

Essas análises distorcidas deram forma às primeiras políticas públicas de combate ao HIV/AIDS, que formaram um estigma associativo da epidemia à população de homens gays (DANIEL; PARKER, 1991), inclusive com a utilização da denominação GRID –

“gay related infectious diseases” -, que significa doença infecciosa relacionada aos gays. Richard Parker (2000) expõe que em meados dos anos 1980 os grupos gays e organizações não-governamentais se reuniram para dar suporte a população adoecida pela AIDS, nas quais homens assumidamente gays lideraram a condução do debate para a compreensão da diversidade na vida gay para além do comportamento sexual, mais voltado para formas de expressão social, o que promoveu interseção entre a experiência brasileira e a política identitária que despontava nos Estados Unidos.

Foi em 1985 que profissionais da saúde, grupos homossexuais, ativistas políticos e afins se organizaram para formar o Grupo de Apoio e Prevenção da AIDS – GAPA. O grupo atuava na conscientização do público em geral e aconselhamento de pessoas com AIDS e contribuiu para o debate sobre os processos de adoecimento da população homossexual (GRANGEIRO; SILVA; TEIXEIRA, 2009). Richard Parker (2000) chama atenção para a questão do movimento gay no Brasil ter surgido simultaneamente com o aparecimento da epidemia mundial, diferentemente do que aconteceu nos países do Atlântico Norte.

Por isso, o movimento gay no Brasil foi profundamente modelado pela epidemia de formas bastante específicas (PARKER, 2000), especialmente porque contribuiu efetivamente na demanda popular pela consolidação do acesso e universalização do Sistema Único de Saúde (LIONÇO, 2008). Percebe-se a peculiaridade da situação latino-americana, que avançou ao pautar a não-discriminação e a construção de direitos sexuais a partir de direitos sociais, tais como acesso à saúde, assistência social e previdência, o que não ocorreu no Atlântico Norte, onde a luta era por garantia de direitos civis (LIONÇO, 2008).

O programa nacional permitiu a interlocução entre pessoas com AIDS, seus familiares, movimentos sociais e as instituições públicas, estabelecendo metas e diretrizes de enfrentamento à epidemia. O ativismo da população contribuiu para a redução da mortalidade pela AIDS e pela elaboração de políticas públicas pautadas no controle social. Para além da organização em grupo, a solidariedade entre os homossexuais implementou uma rede de apoio aos indivíduos que adoeciam e sofriam com o enfraquecimento de suas redes sociais (DANIEL; PARKER, 1991).

Nesse contexto, a metáfora de militarização do HIV/AIDS como uma doença maléfica a ser combatida ocasionou uma guerra social para derrotar o inimigo, ocasionando a sensação de vulnerabilidade permanente da sociedade, o que estigmatizou

os corpos dos soropositivos condenando-os a uma vida desprovida de esperança (SONTAG, 1989). A reconstrução da identidade da pessoa adoecida pelo HIV/AIDS como sujeita de direitos, pautada pela observância da cidadania e do direito à vida, impulsionou as demandas e formulação e manutenção de políticas públicas para AIDS (GRANGEIRO, 2009) e que também ajudaram a construir a universalidade no sistema público de saúde – SUS.

Na década de 1990 a intenção das pesquisas mundiais sobre o HIV era levantar critérios qualitativos de pequena escala na cultura sexual, suas representações, símbolos e significados modeladores das comunidades sexuais e como esses critérios poderiam impactar a prevenção de novas infecções (PARKER, 2000). Foi na tentativa de agrupar modelos de masculinidades que não se identificavam com o universo gay, mas que mantinham algumas práticas sexuais com outros homens, ainda que não exclusivas, que se cunhou o termo homens que fazem sexo com homens – HSH (YOUNG; MEYER, 2005; PECHENY, 2012).

Então, o termo se esforçava para incluir nas políticas públicas uma gama de masculinidades, sem necessariamente conotar em uma categoria identitária ou implicar motivações à prática do ato sexual. Conforme a Organização Mundial da Saúde (2011), muito embora sexo e homens sejam conceitos diferentes em cada cultura, o termo é internacionalmente aplicado pela epidemiologia para contemplar uma variedade de contextos que resultam na prática sexual, como os gays, heterossexuais que transam com outros homens em situações diversas (necessidade financeira, desejos, afins), além de locais que o ato sexual entre homens não é considerado homossexualidade (cadeia, seminários, casernas).

Após o abandono do termo GRID e com uma compreensão mais abrangente do fenômeno do HIV, os HSH passaram a ser considerados grupos de risco, que tinham como problema-alvo o contato do agente infeccioso com novos potenciais hospedeiros, de modo ser o isolamento dos infectados a solução para proteger os suscetíveis. O conceito foi cunhado em 1982 pelo órgão de vigilância sanitária dos Estados Unidos da América (CDC) e contemplava os homossexuais, hemofílicos, haitianos e usuários de heroína (AYRES, CALAZANS, SALETTI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2009). Segundo Parker (2000), esse marcador do risco de contaminação das atividades sexuais dos indivíduos inseridos no contexto de suas comunidades sexuais firmou o marcador HSH como grupo essencial na construção do conhecimento sobre como a doença se espalhava. Contudo,

importante chamar atenção que a epidemiologia transformou as categorias utilizadas para conhecer a infecção por HIV em um critério identitário para intervenção.

Assim, é importante mencionar que a AIDS foi descrita por Sontag (1989) como uma doença metáfora, que significa uma censura genérica à vida e à esperança, e que marcou os corpos das pessoas adoecidas como pertencentes a um “grupo de risco”, o que confirmaria uma identidade subalternizada de comportamento perigoso, baseado na irresponsabilidade e delinquência da sexualidade divergente. A autora defende que o temor do adoecimento degradante permitiu que a AIDS se constituísse como uma metáfora desumanizadora dos processos de adoecimento, impondo um juízo moral sobre a doença e sexualidade das pessoas, notadamente quando o conceito de grupo de risco permitiu a identificação (e também como confissão de uma possível identidade oculta) da população viciosa e transgressora dos padrões moral do viver sadio como virtude social.

Na década inicial, o grupo dos homens que fazem sexo com homens foi o mais afetado no início da epidemia, seguido de um período de estabilização em razão da mobilização social e campanhas de prevenção (PARKER, 1994). Durante o período entre 1986 a 1987, essa categoria teve sua participação reduzida nas taxas de incidência na medida em que a transmissão heterossexual, em especial das mulheres e nascituros, tornou-se central na dinâmica da epidemia, indicando processos de pauperização e concentração em centros urbanos, inclusive no interior do país (SZWARCOWALD, 2000).

No entanto, após a descoberta de que a identidade também impactava as comunidades sexuais, em especial por meio dos códigos de conduta e negociação no sexo, e o resultado eficiente do protagonismo da sociedade civil na desconstrução do HIV como “morte em vida”, a comunidade homossexual não conseguiu se desvincular do rótulo de ser naturalmente mais suscetível à infecções por HIV (PARKER, 2000).

A intenção das pesquisas em HIV à época era de cunho iminentemente naturalista e buscava mapear as formas de transmissão para controlar a doença, além de frequentemente ignorar as abordagens epidemiológicas baseadas em fundamentos teóricos diversos para aplicar indistintamente o modelo dominante de pesquisa, desconsiderando as diferenças transculturais dos padrões de comportamento sexual (PARKER, 2000). Isso porque, ao construir categorias para produção de conhecimento, não se pode descuidar que essas categorias padronizadas e replicáveis não organizam as vidas dos sujeitos (AYRES, CALAZANS, SALETTI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012).

É que o movimento da epidemiologia do risco se especializa em positivar sua atuação formal conduziu o conhecimento para associações probabilísticas que geraram um paradoxo: ao se fortalecer e especializar enquanto ciência, passou a enxergar de forma cada vez mais indireta as relações entre os fenômenos de saúde-doença. Assim:

De um lado, seu caráter pragmático e probabilístico o deixa em condições de expandir de forma potencialmente ilimitada a investigação acerca da associação causal entre quaisquer eventos de interesse prático para a saúde. E a epidemiologia tem ocupado este espaço, tornando-se um saber essencial para as práticas de saúde contemporâneas, com contribuições nas áreas de pesquisa clínica, no planejamento, gestão e avaliação de serviços, na vigilância de saúde, em *screenings*, nas práticas de prevenção, na promoção da saúde. Por outro lado, a vinculação à validação biomédica e a natureza matemática de seus procedimentos e inferências criam obstáculos à investigação epidemiológica no que se refere à objetivação das dimensões propriamente sociais do processo saúde-doença, tanto em sua gênese como nas implicações para a intervenção. Essa característica traz tensões e muitas vezes interdições ao originário, e fundamental, debate entre epidemiologia e saúde coletiva. (AYRES, CALAZANS, SALLETI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012, p. 388).

Desde então, as concepções naturalistas da ciência aplicaram pensamentos hegemônicos de pesquisa criados para analisar as formas de infecção partindo do comportamento sexual de grupos específicos e aplicou os saberes em ambientes bastante distintos (PARKER, 2000). Contudo, a mudança da compreensão da perspectiva dos comportamentos individuais para os grupos de risco, dentre eles os HSH, usuários de drogas e pessoas ligadas à prostituição, não surtiu o efeito desejado, pois os números de incidência foram estabilizados, mas se mantiveram crescentes.

Saliente-se que a ausência de discussão sobre como implementar medidas cultural e socialmente relevantes de combate ao HIV afasta o engajamento das populações a serem atingidas, justamente porque não haveria identificação das subjetividades dentro das categorias epidemiológicas. Esse cenário é problemático, porque embora haja avanços significativos no campo científico-tecnológico, as taxas de novos infectados se mantêm crescentes. Por isso, seria importante compreender e considerar a fluidez e a complexidade das questões das identificações sexuais e de gênero para formar políticas públicas efetivas (PARKER, 2000).

Dessa forma, com a intenção de impedir a exposição das pessoas ao vírus, o foco passou a ser o isolamento do agente infeccioso e a relação entre perigo e população em geral, chamando a atenção para a necessidade de práticas sexuais seguras. Assim, já que não foi possível controlar diretamente o agente infeccioso em grande escala, o modelo de

intervenção propôs mudança na prática das pessoas para atingir diretamente as relações sociais, daí o conceito de práticas de risco para infecção por HIV (AYRES, 2009).

No que toca ao contexto brasileiro no combate à epidemia, os anos 1990 foram de expansão de organizações especificamente dirigidas ao combate e assistência à saúde, o que favoreceu interações sociais mais diversas da atuação dirigida às bichas. Em razão da identidade ter sido menos importante do que a solidariedade, outras populações vulneráveis também foram alcançadas, o que possibilitou interação entre o contexto local e global para implementação de novos modelos de prevenção e financiamentos internacionais (PARKER, 2000).

Nesse sentido, a Política Nacional de DST/AIDS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1999), estabeleceu as políticas de prevenção em nível nacional e buscou articular as esferas públicas e não-governamentais para fortalecer as intervenções comportamentais. Assim, como diretrizes traçou a necessidade da informação como prevenção e percepção de risco, além do

estabelecimento de modelos de intervenção que permitam considerar os diversos grupos populacionais, quanto a tomada de consciência em relação a sua situação de vulnerabilidade e risco, levando-se em conta os aspectos culturais, os contextos sociais e os valores relativos aos grupos envolvidos (p. 21).

Além disso, traçou como serviço de prevenção o acesso à diagnóstico da infecção de forma confidencial e gratuita, acompanhada de aconselhamento, bem como ampliação de campanhas e estratégias de uso de preservativo. No que toca aos direitos humanos e serviços de saúde, a política pública previu o reconhecimento do direito fundamental à prevenção e tratamento nos vários níveis de atenção do SUS. Nesse contexto, percebe-se o avanço da política pública para considerar não mais os grupos de risco, mas situações de risco para infecção por HIV, independentemente da sexualidade dos envolvidos.

A principal contribuição do conceito de práticas de risco foi o caminhar para identificação dos comportamentos que expõem às pessoas ao risco de infecção por HIV, o que estimulou a disseminação dos métodos preventivos e a transformação comportamental, ao passo que a principal limitação foi abrir espaço para culpabilizar os indivíduos que não adotaram práticas seguras (AYRES, CALAZANS, SALETTI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012).

Desse modo, a interação social e política ganhou destaque por reposicionar a população enquanto sujeito social capaz de atuar coletivamente na esfera pública para prevenir a transmissão do agente infeccioso. A partir de então, a intervenção estrutural e a base comunitária se tornaram instrumento de garantia dos direitos humanos para que o foco não seja unicamente a redução do risco, “mas a correção da desigualdade e da injustiça social e econômica que, quase universalmente, está relacionada à vulnerabilidade crescente diante da epidemia” (PARKER, 2000, p. 76). Ainda sobre a importância de as mudanças de foco sobre as perspectivas epidêmicas não significarem, necessariamente, a consolidação do avanço:

A luta contra o vírus HIV não é linear e toma forma com um "conjunto de círculos concêntricos progressivamente maiores, no qual estruturas mais complexas foram sendo gradualmente incorporadas ao escopo da análise, à medida que uma gama mais ampla de abordagens teóricas e metodológicas foi explorada dentro do campo cada vez maior de pesquisa de AIDS. (PERLONGHER, 1987, p. 35)

Com a virada do século, a compreensão política e econômica do fenômeno passou a ser exigida diante da percepção de que era necessário ancorar a pertinência prática destes fenômenos para oportunizar respostas pragmáticas (PARKER, 2000). A partir de então, o condicionamento econômico e social para explicar as vulnerabilidades coletivas e individuais começaram a ser explorados, que se opunham ao conceito de risco epidemiológico. Nesse contexto, a infectologia reconhece, inclusive, que os conhecimentos adquiridos sobre o HIV apontam que essa doença retroviral tem aspectos sociais tão relevantes quanto o conhecimento viral-biológico para determinar a extensão e propagação epidêmica, de modo a configurar um modelo único de sócio-biologia (REITZ, GALLO, 2015).

Após delinear o avanço científico sobre o fenômeno do HIV e como as políticas públicas e o pensamento biológico caminharam para incorporar aspectos sociais relevantes para a compreensão sobre a doença, mostra-se importante trazer o conceito de vulnerabilidades, contribuição da medicina coletiva que busca integrar as multiplicidade de fatores que contribuem para disseminação do vírus na sociedade.

O conceito de vulnerabilidade é aplicado pelo ramo da saúde coletiva e pressupõe a interação entre os fatores individuais (biológicos, psicológicos) e coletivos (contextos culturais, econômicos, sociais), que atuam para aumentar a suscetibilidade de indivíduos a certas doenças (SOLHA, 2014). Importante mencionar que esse conceito de

vulnerabilidade foi criado no início da década de 1990 para resgatar a humanidade nos processos de adoecimentos por HIV e contemplar que os processos de infecção por HIV e adoecimento por AIDS não partem de exposições puramente individuais, mas de um complexo coletivo, contextual, que aumentam a suscetibilidade à infecção. Desse modo, a dimensão individual defende que todas as pessoas são suscetíveis ao HIV e que aspectos pessoais podem contribuir para a infecção ou proteção: grau e qualidade das informações sobre AIDS e formas de transmissão e como isso pode ser convertido em formas de prevenção (AYRES, CALAZANS, SALETTI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012).

Segundo os autores, a dimensão social da vulnerabilidade pode ser compreendida como uma forma analítica de investigar as forças que atuam sobre a vulnerabilidade individual, tais como as estruturas jurídico-políticas, as relações raciais e as de gênero, a sexualidade e a pobreza, dentre outros. Sobre as formas nas quais as estruturas atuam sobre os aspectos individuais, Parker (2000) se refere à economia aplicada ao corpo para traçar como a heterossexualidade compulsória reafirma os valores ocidentais sobre raça, classe e nacionalidade, relacionando a sexualidade com os deslocamentos de poder na economia sexual. O corpo seria, então, um local histórico da realidade social construída por um significado cultural e corporal, na qual a economia política mapeada permite traçar os valores sociais, culturais e econômicos em disputa a partir do corpo físico.

No que toca à compreensão do corpo da bicha adoecida por HIV, Sontag (1989) salienta que a compreensão social da doença permitiu a metáfora da AIDS como uma doença decorrente da promiscuidade antinatural da sexualidade hedonista homossexual, o que permitiu também a imposição da culpa sexual como uma forma de marcar os corpos repulsivos e prevenir a invasão da doença na coletividade. Assim, o HIV serviu como uma mobilização ideológica contra a divergência sexual a fim de prevenir o adoecimento do corpo social, moldando uma imagem específica da bicha aidética como modelo de pessoas poluentes cujo sangue seria vetor de contaminação (SONTAG, 1989). Enquanto um valor social, o HIV serviu como um prenúncio do desastre na pós-modernidade.

De volta às vulnerabilidades, a dimensão programática se relaciona com os esforços das instituições em agir ativamente para reduzir as condições de vulnerabilidade ou, por outro lado, aprofundar, ainda que não intencionalmente, algumas condições sociais (AYRES, CALAZANS, SALETTI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012). Esse conceito se refere à mediação entre os sujeitos, os contextos sociais e a interação com as políticas de saúde existentes. Assim:

Elementos como o grau de compromisso desses serviços e programas, os recursos de que dispõem, os valores e competências de suas gerências e técnicos, o monitoramento, avaliação e retroalimentação das ações, a sustentabilidade das propostas e, especialmente, sua permeabilidade e estímulo à participação e autonomia dos diversos sujeitos sociais no diagnóstico da situação e no encontro dos caminhos para sua superação, são elementos fundamentais no enfoque da vulnerabilidade. (AYRES, CALAZANS, SALETTI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012, p. 397/398)

Registro a minha intenção de trabalhar as vulnerabilidades como articulação da sociedade civil diante das políticas públicas para frear o avanço do HIV, especialmente no que toca à população-chave HSH. A meu ver, é importante evidenciar o papel fundamental da produção dos dados epidemiológicos para oportunizar a compreensão social do HIV e para instrumentalizar os esforços coletivos e intersetoriais para erradicação do vírus. Contudo,

Enquanto as análises de risco trabalham com uma racionalidade analítica na qual os fenômenos em estudo precisam ser partidos, isolados, discriminados, as análises de vulnerabilidade trabalham com uma racionalidade sintética, na qual se privilegia a construção de significados, a agregação de elementos diversos que contribuam para que os fenômenos em estudo sejam compreendidos como uma totalidade dinâmica e complexa.

Nesse sentido, o que para análises de risco consistentes deve ser cuidadosamente deixado “de fora” é o que constitui a quintessência dos estudos de vulnerabilidade – a co-presença, a mutualidade, a interferência, a relatividade, a inconstância, o não unívoco, o não permanente, o próprio a certas totalidades circunscritas no tempo e no espaço. (AYRES, CALAZANS, SALETTI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012, p. 399/400).

Desse modo, as vulnerabilidades são ferramentas relevantes de aprendizado dos múltiplos fatores que interferem nas suscetibilidades populacionais, notadamente nas formas de conhecimento, compreensão, tratamento, investigação e prevenção para oferecer uma resposta social complexa à epidemia de HIV. Esse entendimento está de acordo com a Organização Mundial da Saúde – OMS ao elencar os conceitos de vulnerabilidade e de populações-chave como um consenso a ser adotado como ferramenta estratégica global de enfrentamento ao HIV e como termos a serem adotados em todos os documentos oficiais (OMS, 2011).

Portanto, para a OMS (2014) populações-chave são grupos que estão em situação de risco acrescido ao HIV em razão de certos comportamentos *independentemente do tipo epidêmico ou do contexto local* e também podem apresentar conflitos legais que aumentam a vulnerabilidade ao HIV. São populações-chave: 1) homens que fazem sexo com homens; 2) pessoas que injetam drogas; 3) pessoas em contexto de privação de

liberdade; 4) trabalhadores sexuais e 5) pessoas transexuais. Elas são relevantes para determinar a natureza e a efetividade da dinâmica de resposta ao HIV, de modo a ser desejável alcançar essas populações e promover tratamento equitativo, acessível e aceitável a serviços de saúde. Usa-se a nomenclatura “chave” porque essas populações desempenham um papel central nas dinâmicas epidêmicas e abrangem número considerável de novas infecções e, por isso, oferecerem melhores relações custo-benefício para expansão de políticas públicas de saúde voltadas a estabilizar as taxas de incidência e, inclusive, fazê-las diminuir (OMS, 2014).

Nesse contexto, segundo o Guia Consolidado em Prevenção ao HIV, Diagnóstico, Tratamento e Cuidado para Populações-chave da OMS (2014), os homens que fazem sexo com homens são todos os homens que se envolvem romanticamente ou praticam ato sexual, ainda que os termos homens e sexo sejam culturalmente diversos nas sociedades envolvidas. O termo é guarda-chuva e não depende das motivações ou consensualidade do ato sexual, da identidade de gênero ou das comunidades e/ou grupos sociais.

Percebo que o deslocamento da discussão sobre grupos ou práticas de risco para a concepção de vulnerabilidade pode permitir incremento da autonomia dos sujeitos envolvidos, oportunizando novas formas de relação institucional e novos discursos sobre os corpos, colocando um limite à pulsão estigmatizante ao lidar com uma doença carregada de significados e metáforas (SONTAG, 1989).

Além do mais, chamo atenção para a interseccionalidade das relações estruturais entre poder e raça, classe, gênero e sexualidade como ferramenta de enfrentamento de estruturas de opressão que moldam a experiência do indivíduo e reproduzem injustiças sociais entre gerações (COLLINS, 2017). A interseccionalidade busca combater as discriminações estruturais formadas pelas pessoas enquanto exclusão nas práticas tradicionais de direitos civis e humanos, em um processo discriminatório misto. Nesse aspecto, considero fundamental ressaltar a existência de categoria dos homens negros que praticam sexo com homens, que enfrentam um complexo quadro de subinclusão nas políticas públicas relacionadas às bichas e ao HIV, e por isso se faz necessário pensar o diálogo entre sexualidade e gênero também por uma perspectiva racial e dizer que os corpos das bichas negras sofrem múltiplas formas de violência e exclusão (CRENSHAW, 2004).

Assim, enfrentam discriminação estrutural por serem marginalizados especificamente em razão da raça e orientação sexual, notadamente porque há um

entrelaçamento de ideias e imagens que interferem nas políticas públicas e afetam simultaneamente esses corpos com diferentes formas de discriminações simultâneas (CRENSHAW, 2004). Saliento haver lacuna nas pesquisas científicas investigativas das relações entre fatores estruturantes e acesso ao serviço de testagem e prevenção ao HIV no que toca às bichas negras. Por isso, essa população experiencia serviços públicos de saúde inadequados, além de estigmas, discriminações, encarceramento e pobreza (LEVY, 2014).

Além disso, a evolução da compreensão sobre o HIV pode se apresentar como uma oportunidade de complementação da agenda de atuação político-social, voltada para reduzir as vulnerabilidades e privilegiar a autonomia dos indivíduos nos processos de compreensão de suas relações sociais e práticas sexuais, oportunizando uma virada em seus contextos de vulnerabilidade ao garantir os direitos humanos e a equidade nas práticas de saúde pública.

Por fim, esta seção buscou compreender o significado histórico da associação do HIV/AIDS aos HSH, explorando como a concepção epidemiológica clássica traçou uma concepção de risco que lança uma retórica de responsabilidade não só aos indivíduos infectados mas a toda identidade capturada pelo termo. Por outro lado, intentei dialogar com os saberes da saúde coletiva que traça diretrizes para compreender como as populações são influenciadas por aspectos estruturantes e programáticos da sociedade nos processos de adoecimento, o que demanda uma resposta integradora para construir novos significados para a complexa dinâmica físico-social da infecção por HIV e propiciar uma resposta não-discriminatória e efetiva.

Demonstrei como a ideia de “grupo de risco” se mantém presente no imaginário coletivo, muito embora o termo epidemiológico tenha sido substituído por homens que fazem sexo com homens, mantendo um estigma que a população homossexual não conseguiu desvincular-se. Com a evolução dos estudos sobre o HIV e as suas causas de transmissão, restou demonstrado tratar-se de um fenômeno iminentemente social, de forma a ser relevante a consideração das vulnerabilidades das populações-chave e as condições estruturantes que as tornam mais propícias para infecção por HIV.

Neste capítulo delinee como a modernidade global desenvolveu o pensamento científico que materializa o risco para salvaguardar a humanidade das catástrofes, oportunizando um saber baseado em relações de causalidade que moldam as relações sociais. O desejo da segurança perene se traduz na rejeição das contingências próprias da

vida, diante da impossibilidade de controlar o imprevisível. Como consequência da modernização, a aversão aos riscos causa uma disputa no devir social, pois as externalidades das decisões políticas, sociais e econômicas são disruptivas no tecido social. Assim, a modernidade esconde os riscos e camufla as desigualdades que gera, evitando a emergência das polarizações das relações sociais que surgem como consequência da atuação de seus sistemas.

Por outro lado, ainda descrevi como o avanço científico-tecnológico oportunizou a reflexividade da modernidade, que permitiu vislumbrar a compatibilidade ética dos riscos produzidos pela ciência, revelando o que é socialmente aceito e quais decisões políticas são socialmente aceitas. A sociedade do risco critica a produção de cifras que atribuem sentidos sobre riscos a pessoas ou grupos, distribuindo os riscos socialmente construídos sob a ótica dos fluxos capitalistas de iniquidade de condições. Para que os riscos não se tornem ameaças sociais, a sociedade do risco emerge como teoria crítica do pensamento e da prática científica, apontando as interferências dos sistemas da modernidade no campo político. Assim, oportuniza a discussão sobre como a busca por segurança arrisca a solidariedade social, já que favorece a discussão sobre como se dão as externalizações dos resultados de sua atuação.

Beck (2016b) revisitou a teoria de risco inicial após a globalização e propôs a teoria crítica da sociedade de risco. Por essa perspectiva, a concretude real dos riscos conduz para a reavaliação das decisões políticas tomadas, fomentando a interseção entre as questões culturais e jurídicas como parte necessária nas decisões dos sistemas técnicos. Desse modo, ao sistema jurídico caberia a responsabilidade de apreciar a justa distribuição dos riscos na pós-modernidade, sociedade na qual a segurança é valor maior que a liberdade e igualdade. Assim, relatei que na teoria crítica do risco a insegurança ontológica é transferida para o indivíduo, destinatário final das crises institucionais e políticas, de modo a transferir aos indivíduos as consequências das desigualdades estruturais.

Além do mais, a teoria crítica da sociedade do risco intenta fomentar as discussões sobre democratização das relações de poder e superar as verdades perenes até então anunciadas. Por isso, propõe que a ciência deve assumir que também produz inseguranças planetárias e deixar de esconder a deturpação histórica de sua atuação, de modo a abrir o campo político para novas alternativas possíveis, o que possivelmente levaria a sociedade a finalmente compreender os riscos reais envolvidos no desenvolvimento da sociedade.

Portanto, diante de interpretações conflitantes e da sobreposição de fenômenos velhos e novos, a ciência deveria, segundo Beck (2016b), estar aberta à autocrítica e às contingências da realidade.

Após descrever a sociedade de risco, apresentei algumas ponderações sobre a arquitetura política do corpo e introduzi o conceito de analidade das bichas. A intenção foi trabalhar a normatização de gênero produtora de binarismos que mantém desigualdades discursivas. Por isso, esclareci como a essencialização do sexo nos corpos forma verdades biológicas sobre gêneros e órgãos, impondo a coerência nos papéis sociais designados. Esse essencialismo de gênero retira a discursividade pública dos órgãos não reprodutivos, notadamente do ânus, órgão que pode desestabilizar a relação hierárquica entre pênis-vagina e desterritorializa o corpo hetero.

Isso posto, trouxe o ânus de volta à discursividade enquanto categoria de análise, buscando liberar os sentidos de uma sexualidade plural e diversa, especialmente no que significa ser LGBT no espaço público. Assim, examinar o ânus enquanto categoria de análise é uma forma de deslocar os sujeitos da enunciação científica, mas também de rejeitar a inexistência simbólica no espaço político. Ademais, o esforço foi de ressignificar as tecnologias de saber-poder e configurar a homossexualidade enquanto uma sexualidade natural e legítima.

Já na terceira e última parte deste capítulo, demonstrei como a ciência médica atuou para compreender a epidemia de HIV e formar diversas frentes para lidar com o adoecimento das pessoas e traçar metas para erradicar o vírus. Assim, delineei como a compreensão sobre as formas de infecção caminhou desde grupos de risco para comportamentos de risco até chegar no conceito de vulnerabilidade. A compreensão do fenômeno do HIV pela perspectiva das vulnerabilidades individuais, coletivas e programáticas é um caminho possível para lançar um novo olhar sobre a complexidade da dinâmica de infecção, sem descuidar dos aspectos sociais que contribuem em grande parte para a disseminação da epidemia.

4 O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5543 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo trabalho a relação entre conceitos importantes não só para a política de hemoderivados, mas também para o campo constitucional: igualdade/não-discriminação na doação de sangue e a importância da janela imunológica para a manutenção do ciclo seguro de hemoderivados. A primeira seção faz uma digressão sobre a janela imunológica, o principal motivo usado pelo Ministério da Saúde e Anvisa para justificar a proibição de doação de sangue por bichas. Percebe-se quais são os riscos apresentados pelos órgãos reguladores e como a questão fisiológica interfere na gestão técnica dos insumos do sangue, especialmente com relação ao exame laboratorial e clínicos a serem realizados pelo hemocentro no candidato à doação. A seguir, analiso os procedimentos que devem ser adotados para realização da triagem clínica, que consiste na entrevista individual com os potenciais doadores de sangue por um profissional de saúde e suas implicações. É um movimento necessário para chegar, finalmente, na apreciação da Corte sobre o tema e a correlação feita pelos ministros entre a janela imunológica e os princípios da igualdade/não-discriminação, o que exploro na segunda seção.

Aliás, a eleição deste tópico pode parecer à primeira vista problemática, pois mistura um critério biológico com dois princípios constitucionais. No entanto, os votos dos ministros ponderam a existência e o tempo de observação da janela imunológica com o princípio da proporcionalidade e o princípio da igualdade/não-discriminação. Por isso, entendo que a leitura bioética da janela imunológica oferece a possibilidade de discussão da matéria não para determinar uma verdade fisiológica ou jurídica, mas para permitir o diálogo entre os saberes e facilitar a problematização sobre diversos aspectos que se apresentaram no julgamento da ação constitucional.

Coloco ser a janela imunológica o motivo da existência da triagem clínica dos doadores para excluir as bichas da doação, selecionando os doadores diante da pergunta se houve prática sexual entre homens, o que significaria um fator de risco epidemiológico maior, implicando na exclusão automática do doador com a anotação desta exclusão em bando de dados para que não seja possível nova tentativa. Faço a associação imediata entre a prática sexual das bichas e um fator de risco que condiciona a doação de sangue,

especialmente porque a janela imunológica implica em um risco transfusional independentemente da orientação sexual do doador.

4.1 Os riscos na janela imunológica para fins de doação de sangue

O Despacho nº 129/2016/CGSH/DAET/SAS/MS, doravante chamado de Despacho nº 129, foi protocolado como anexo da defesa jurídica pela Advocacia Geral da União na Ação Direta de Constitucionalidade nº 5543. O entendimento do órgão jurídico foi pela constitucionalidade da Portaria nº 158, utilizando-se do argumento do princípio bioético da beneficência/não-maleficência, o que não representaria violação ao princípio constitucional da igualdade. As informações do Ministério da Saúde partiram da Secretaria de Atenção à Saúde - SAS, do Departamento de Atenção Especializada e Temática, Coordenação-Geral de Sangue e Hemoderivados.

Além disso, o Despacho nº 129 defende que o objetivo principal dos critérios elegidos para considerar um doador apto a doar sangue é garantir o máximo de segurança para o receptor, em atenção ao princípio bioético da não-maleficência. Para garantir a segurança do procedimento transfusional, portanto é realizada a triagem clínica, voltada para reduzir a transmissão de doenças infecciosas diante da existência da janela imunológica. O documento pondera que a doação de sangue implica em risco de transmissão de doenças, e por isso algumas categorias teriam sido criadas para avaliar os aspectos da saúde do potencial doador, tal como deslocamentos geográficos, infecções, uso de medicamentos ou cirurgias recentes, e, inclusive, a prática sexual de risco acrescido ou exposição ao risco a partir da prática sexual.

No entanto, no que toca à população HSH, a justificativa apresentada para a restrição de doação de sangue por 12 (doze) meses é que a prática sexual entre homens apresenta risco acrescido para infecção por HIV. Em linhas gerais, são quatro argumentos principais que justificaram a restrição: 1) a presença de risco epidemiológico para infecção por HIV; 2) a doação de sangue como forma de testagem sorológica para HIV; 3) o risco transfusional aumentado, segundo bibliografia nacional e internacional; 4) possibilidade de aumento insignificante no número de bolsas de sangue com a retirada da restrição.

Como a intenção dessa dissertação é analisar a construção da categoria de risco anal no contexto do julgamento do Supremo Tribunal Federal, deixo de analisar individualmente cada argumento apresentado pelo Ministério da Saúde, especialmente

porque a proposta é propiciar o diálogo entre a teoria *queer* e uma política pública implementada.

A janela imunológica é, segundo o Despacho nº 129, “o intervalo de tempo decorrido entre a infecção e a detecção do patógeno ou de anticorpos no sangue das pessoas”. O Despacho do Ministério da Saúde prossegue informando qual a consequência da janela imunológica para fins de transfusão de sangue:

(...)Mesmo com os recursos tecnológicos disponíveis, ainda existe a possibilidade de transmissão de doença infecciosas (sic) por transfusão se o doador estiver em período de janela imunológica, isto é, se a infecção for muito recente ou se a carga viral foi muito baixa, como no caso de indivíduos que já estão em tratamento com antirretrovirais para HBV, HCV e HIV. Atualmente, com o uso do kit NAT, desenvolvido por Bio-Manguinhos e disponibilizado pelo Ministério da Saúde para a Hemorrede Nacional, a janela imunológica para detecção do HCV, HBV e HIV varia entre dez e doze dias.

O Ministério afirma que o SUS utiliza na rede pública uma tecnologia de detecção que mantém a janela imunológica entre dez e doze dias. Isso significa que em caso de infecção recente por doenças sexualmente transmissíveis, é possível detectar uma bolsa infectada se a prática sexual ou o meio de infecção ocorreu até 12 dias antes da coleta do material sanguíneo.

Assim, de acordo com o explanado pelo órgão ministerial, depreende-se que a janela imunológica necessita ser considerada para fins de doação de sangue porque se o doador teve contato com algum agente infeccioso, os exames laboratoriais não serão reagentes para certos antígenos, ou seja, o sangue será considerado apto para fins transfusionais, podendo contaminar as bolsas de sangue. Nesse cenário, o Manual Técnico de Diagnóstico da Infecção Pelo HIV em Adultos e Crianças, do Ministério da Saúde (Ministério da Saúde, 2018), aponta que os testes de quarta geração permitem a detecção combinada tanto dos antígenos (vírus) quanto dos anticorpos produzidos para combater o HIV, reduzindo o período de janela diagnóstica.

O Manual distingue o conceito de janela imunológica e janela diagnóstica. Contudo, para fins dessa pesquisa utilizo as duas terminologias como sinônimas, considerando desnecessária a diferenciação porque a intenção principal é fazer uma análise social dos fatores que levam à exclusão das bichas em razão da janela imunológica, conceito trazido pelos órgãos sanitários e debatido em plenário pelo

Supremo Tribunal Federal¹⁷. Ademais, para fins elucidativos, trago o conceito das duas terminologias presentes no glossário do Manual (p. 136):

Janela de soroconversão ou janela imunológica ou janela sorológica. Duração do período entre a infecção pelo HIV até a primeira detecção de anticorpos anti-HIV, a qual inclui a fase aguda e a fase eclipse (aguda + eclipse).
Janela diagnóstica: Conceito mais amplo que o de janela imunológica ou sorológica. O período de janela diagnóstica é o tempo decorrido entre a infecção e o aparecimento ou detecção de um marcador da infecção, seja ele RNA viral, DNA pró-viral, antígeno p24 ou anticorpo. A duração desse período depende do tipo do teste, da sensibilidade do teste e do método utilizado para detectar o marcador.

Os exames laboratoriais oferecidos pelos serviços hemoterápicos, no sítio eletrônico do Instituto de Tecnologia em Imunobiológico – Bio-Manguinhos, responsável pelo fornecimento dos testes laboratoriais para o governo, consta notícia sobre a obrigatoriedade da implementação do teste NAT para controle de qualidade do sangue coletado¹⁸. Segundo a notícia, o teste NAT está em implementação desde 2011 e foram consolidados centros de referência (sítio testadores) em 14 estados, voltados para analisar as amostras sanguíneas. Dessa forma, o NAT “reduz a janela imunológica ou o tempo em que o vírus permanece indetectável por testes de 22 para 10 dias, no caso do HIV”, além de identificar “o material genético do vírus e não os anticorpos (como ocorre em outros exames)”.

Analizando o sítio eletrônico do Bio-Manguinhos, verifiquei constar uma aba de informações sobre os produtos oferecidos (produtos>kits para diagnóstico>testes moleculares>NAT HIV/HCV/HBV). A descrição sobre o teste NAT HIV inteira sobre o processamento das bolsas de sangue e a capacidade de avaliação disponíveis no Sistema Único de Saúde:

O Teste NAT HIV/HCV/HBV complementa os testes sorológicos oferecidos nos hemocentros do país, ampliando a segurança transfusional. Este teste molecular utiliza uma plataforma automatizada com grande capacidade de processamento que permite analisar, ao mesmo tempo, até 552 bolsas de sangue por rotina, com alta rastreabilidade e sensibilidade para detecção do HIV (vírus da aids) e

¹⁷ Para bem delinear os conceitos, a janela imunológica corresponde à fase do momento em que se contrai o HIV até o aparecimento de algum marcador sorológico positivo para ele, ou seja, até haver algum anticorpo positivo anti-HIV, o que demora mais tempo porque são anticorpos específicos. Já a janela diagnóstica detecta qualquer coisa que indique uma infecção, em outras palavras, detecta o RNA e/ou DNA do vírus, a proteína p24 ou alguma outra glicoproteína do vírus. Desse modo, quando se fala de janela imunológica é porque o período da janela diagnóstica já transcorreu.

¹⁸ Disponível em: <<https://www.bio.fiocruz.br/index.php/noticias/641-ministerio-da-saude-torna-obrigatorio-o-teste-nat>> Último acesso em 17/06/2019.

HCV (vírus da hepatite C). Desta forma, é possível detectar agentes patogênicos transmissíveis por transfusão sanguínea em períodos menores do que testes convencionais hoje utilizados nos hemocentros. O objetivo é analisar até 3,5 milhões de bolsas de sangue anualmente, cobrindo integralmente a hemorrede pública brasileira. Em 2014, houve a incorporação de novo alvo ao Kit NAT, o HBV (vírus da hepatite B), que permitirá aumento da segurança transfusional, com a redução da janela imunológica para 10 a 12 dias.

Portanto, diversas entidades envolvidas no processamento das bolsas de sangue atestam pelo incremento da segurança nos processos de coleta e testagem laboratorial do material sanguíneo, o que implicaria menor risco de transfusão de material sanguíneo infectado no período da janela imunológica. É possível, assim, testar mais bolsas de sangue e manter a janela imunológica no período de 10 a 15 dias, o que demonstra aumento na segurança transfusional decorrente da atualização tecnológica dos procedimentos.

Também se mostra oportuno colacionar o conceito de populações-chave presente no Manual de Diagnóstico como sendo aquelas pessoas que estão mais suscetíveis à infecção por HIV, de modo que a probabilidade não é atribuída somente ao indivíduo ou suas práticas sexuais, mas também “todos os aspectos de seus contextos sociais e estruturais que os colocam em situações de maior vulnerabilidade para a infecção pelo HIV” (p. 17). Dentre os cinco grupos elencados, estão os gays e os homens que fazem sexo com homens – HSH.

Convém analisar os métodos utilizados pelos órgãos reguladores do ciclo do sangue para selecionar os potenciais doadores. O procedimento adotado pelo Ministério da Saúde combina a triagem laboratorial com a triagem clínica, visando minimizar a possibilidade de coleta de bolsa de sangue contaminada em período de janela imunológica. Esta medida de prudência é regulada pela Portaria nº 153 do Ministério da Saúde, conforme adentrarei mais adiante, e também está justificada no Despacho nº 129, ao informar que a triagem clínica é combinada com a triagem laboratorial para identificar questões potencialmente lesivas tanto aos doadores quanto aos receptores, notadamente por considerar as limitações laboratoriais para a detecção de infecções para fins de transfusão sanguínea.

A Anvisa também juntou aos autos da ação constitucional explicação sobre a janela imunológica. O Ofício nº 140/2014-PRES/ANVISA, explica que a janela imunológica se trata de risco residual na detecção do período entre infecção pelo vírus e

a produção de marcadores detectáveis nas testagens laboratoriais, atualmente em 10 dias quando da utilização do método de ácido nucléico – NAT. Narra que esse risco residual ocorreria pela doação em período assintomático na janela imunológica, especialmente se considerada a utilização dos serviços de hemoterapia para testagem sanguínea por pessoas com comportamento de risco acrescido, o que aumentaria o risco ao receptor. A agência reguladora salienta a necessidade de testagem clínico-epidemiológica, daí a importância da realização de entrevista para verificar as situações de risco do candidato à doação de sangue, já que os exames laboratoriais não asseguram risco zero e quanto mais precisa a triagem clínica, menor o índice residual.

A fim de verificar como se dá a triagem clínica para fins de doação de sangue pelo SUS, verifiquei orientação do Ministério da Saúde para determinar a capacidade de doação de sangue pelo candidato. O “Caderno de Informação: Sangue e Derivados” informa (Ministério da Saúde, 2018) que o procedimento avalia a história clínica e epidemiológica, além do atual estado de saúde, hábitos e comportamentos recentes, buscando evitar prejuízos a saúde tanto do doador quanto do receptor. Caso as condições não sejam atendidas, há a inaptidão clínica do candidato. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018)

A legislação de regência¹⁹, Lei do Sangue, impõe a necessidade de se observar o acolhimento dos candidatos à doação e realizar a triagem clínica com isenção de manifestações de juízos de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, gênero e hábitos de vida, sem prejuízos para a segurança do receptor (art. 2º, §2º, e 3º).

A própria Portaria nº 158²⁰ informa sobre os procedimentos informativos na entrevista para fins de resguardar a segurança do sangue, como por exemplo a necessidade de esclarecimento sobre os riscos ao doador/receptor envolvidos na coleta, além das informações sobre inaptidão temporária e definitiva (art. 67). Além do mais, antes de assinar o “termo de consentimento livre e esclarecido”, que autoriza a retirada do material sanguíneo, o potencial doador deverá receber informações em linguagem compreensível sobre o processo de doação, o destino do sangue doado, os riscos associados e dos testes

¹⁹ Lei do Sangue, art. 2º, §2º e 3º.

²⁰ Nesse contexto, deixo de trazer as informações constantes na RDC nº 134 porque no Capítulo II – DO REGULAMENTO SANITÁRIO -, Seção I, Disposições Gerais (art. 5º a 69 constam as mesmas regulamentações da Portaria nº 158, o que evita repetições desnecessárias. Ademais, a Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017, publicada no Diário Oficial em 03 de outubro de 2017, unificou as normas gerais sobre a qualidade do ciclo do sangue. Não há diferença para fins legais no caso, pois a norma editada posteriormente pode ser declarada inconstitucional por arrastamento mesmo quando não tenha sido impugnada na ação constitucional discutida.

realizados no sangue para detectar infecções e a possibilidade de falsos reagentes (art. 32, §§ 2º e 3º).

A triagem clínica também é regulamentada pela Portaria e consiste em entrevista com profissional de saúde de nível superior, sob a supervisão de um médico, que avaliará os antecedentes e o estado atual de saúde do candidato a doação para determinar se a coleta pode trazer prejuízos ao doador ou oferecer riscos ao receptor (art. 35, *caput*). Nesse contexto, a entrevista é individual em ambiente privativo e as informações prestadas são sigilosas, embora sejam guardados registros em sistema eletrônico ou físico (art. 35, p. ú.).

Portanto, dentre os critérios e medidas adotadas pela Portaria nº 158 para proteger o receptor, estão elencados no art. 36: história médica e antecedentes patológicos do doador (VII), utilização de medicamentos (VIII), episódios alérgicos (XII), níveis de hematócitos/hemoglobina (VI), pressão arterial (V), ocupação habitual (XIII) e etc. Além disso, o art. 52 da Portaria nº 158 também exige: a declaração de bem-estar geral pelo próprio candidato e avaliação de seus aspectos gerais (I), temperatura corporal não superior a 37º graus Celsius (II), condições de imunização e vacinação (III), histórico de transfusões (V), de doenças infecciosas (VI), de enfermidades virais (VII), de doenças parasitárias (VIII), de enfermidades bacterianas (IX), além do estilo de vida do candidato a doação (X) e situações de risco vivenciadas pelo candidato (XI), dentre outras.

Penso que a Portaria nº 158, impugnada, fornece os critérios para proteger o receptor no artigo 36 e além disso fornece meios suficientes para a análise da situação clínica sem a necessidade de exclusão de grupo epidemiológico com práticas sexuais presumidamente de risco e sem considerar o contexto aplicável a cada caso²¹. Com relação às situações de risco vivenciadas pelos potenciais candidatos, a mesma Portaria elenca no artigo 62 algumas situações de risco acrescido que podem conduzir à inaptidão definitiva: I – evidências clínicas ou laboratoriais de infecções transmissíveis por transfusão sanguínea; II – ter sido o único doador de sangue de um paciente que

²¹ Os critérios e medidas adotadas pela Portaria nº 158 para proteger o receptor, estão elencados no art. 36: história médica e antecedentes patológicos do doador (VII), utilização de medicamentos (VIII), episódios alérgicos (XII), níveis de hematócitos/hemoglobina (VI), pressão arterial (V), ocupação habitual (XIII) e etc. Além disso, o art. 52 da Portaria nº 158 também exige: a declaração de bem-estar geral pelo próprio candidato e avaliação de seus aspectos gerais (I), temperatura corporal não superior a 37º graus Celsius (II), condições de imunização e vacinação (III), histórico de transfusões (V), de doenças infecciosas (VI), de enfermidades virais (VII), de doenças parasitárias (VIII), de enfermidades bacterianas (IX), além do estilo de vida do candidato a doação (X) e situações de risco vivenciadas pelo candidato (XI), dentre outras. (PORTARIA nº 158, Ministério da Saúde, 2016)

apresentou soroconversão para hepatites B e C, HIV ou HTLV; III – possuir piercing em região oral ou genital e IV – ter antecedente de compartilhamento de seringas ou agulhas. Já no que toca à segurança transfusional por infecções de cunho sexual, o art. 63 considera inapto temporariamente por 12 (doze) meses após a cura o candidato que teve alguma infecção sexualmente transmissível, momento no qual será avaliado se as múltiplas reinfecções podem conduzir à inaptidão definitiva (p. ú). Além do mais, o art. 64 também contém inciso que considera inapto por 12 (doze) meses as pessoas que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais (inciso II). Dessa forma, evidencia-se a existência de uma cláusula geral excludente dos candidatos que tenham tido múltiplos parceiros ou que tenham praticado sexo com pessoas desconhecidas, de modo a se caracterizar uma cláusula geral de comportamento sexual de risco para fins transfusionais, sem necessariamente classificar identidades ou orientações sexuais.

Esmiuçando a avaliação clínica, o art. 55 dispõe especificamente sobre as situações ou comportamentos que possam indicar a infecção pelo vírus HIV ou o desenvolvimento da AIDS, conforme se verifica a seguir:

Art. 55. Todos os doadores serão questionados sobre situações ou comportamentos que levem a risco acrescido para infecções sexualmente transmissíveis, devendo ser excluídos da seleção quem os apresentar.
 Parágrafo único. A entrevista do doador deve incluir, ainda, perguntas vinculadas aos sintomas e sinais sugestivos de Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA) como:

- a) perda de peso inexplicada;
- b) suores noturnos;
- c) manchas azuladas ou purpúricas mucocutâneas (sarcoma de Kaposi);
- d) aumento de linfonodos com duração superior a 30 (trinta) dias;
- e) manchas brancas ou lesões ulceradas não usuais na boca;
- f) febre inexplicada por mais de 10 (dez) dias;
- g) tosse persistente ou dispneia; e
- h) diarreia persistente. (negrito)

Contudo, é importante mencionar que nem toda infecção por HIV apresenta sintomas. A propósito, peço licença para uma breve digressão sobre como a fisiologia humana se comporta diante da infecção pelo lentivírus do retrovírus animal, causador de imunossupressão profunda que pode acarretar infecções oportunistas, tumores malignos e desperdício e degeneração do sistema nervoso central (ABBAS, 2015)²².

²² ABBAS, Abul K. Imunologia celular e molecular. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

A patogênese do HIV se caracteriza por uma infecção latente nas células do hospedeiro, em especial dos linfócitos T CD4+, e que pode se ativar para produzir novos vírus. É a reprodução viral que mata as células hospedeiras e os linfócitos não infectados, além de gerar a deficiência imunológica que conduz à AIDS clínica. Após a infecção do organismo, pode haver uma viremia aguda, breve e de sintomas inespecíficos, como febre, cefaleia, faringite, urticárias e afins. Essa viremia inicial é chamada de fase aguda e ocorre entre 50% a 70% dos casos e se manifesta entre 3 a 6 semanas da infecção inicial, mas pode ser oculta ou até assintomática. Em verdade, a resposta do organismo contra o HIV já é detectável entre 2 ou 3 semanas, mas atinge seu pico entre 9 e 12 semanas da infecção inicial, de modo que no máximo em 12 semanas cerca de 10% dos linfócitos T do organismo são especificamente anti-HIV (ABBAS, 2015).

Dessa forma, após a fase aguda o organismo oportuniza uma resposta imune para controlar a viremia inicial e produz respostas por anticorpos (anti-HIV) dentre 6 a 9 semanas, o que oportuniza o diagnóstico e a triagem da carga viral para fins de tratamento e prevenção. Com a produção dos anticorpos e o controle da viremia inicial, a infecção por HIV avança para a sua fase crônica, momento no qual o HIV se difunde no organismo e ocasiona a depleção das células T CD4+ no sangue. Na fase crônica, o organismo é capaz de produzir respostas imunes e controlar doenças oportunistas, oportunizando um quadro de latência clínica no qual o paciente apresenta pouca ou nenhuma manifestação clínica da doença (ABBAS, 2015).

Por fim, a síndrome da imunodeficiência adquirida – SIDA ou AIDS – ocorre quando a contagem de células T CD4+ no sangue são menores que 200 cel/mm³, causando uma deficiência imunológica severa que acarreta várias anormalidades funcionais do sistema imunológico, o que deixa o corpo vulnerável à uma série de doenças que tem progressão variável, tais como neoplasias, caqueixa (perda de peso ou grau extremo de enfraquecimento), degeneração do sistema nervoso central, insuficiência renal, dentre outros (ABBAS, 2015).

Outrossim, descritas as providências contidas na Portaria nº 158 para garantir a segurança hemoterápica e exploradas as características fisiológicas da infecção por HIV, passo a explorar a questão da janela imunológica relacionada à segurança transfusional. Nesse sentido, a Portaria nº 158 elenca diversas atividades e contextos que conduzem à inabilitação dos candidatos, mas a homossexualidade é a única identidade capturada

enquanto possível prática de risco, pois não há eleição objetiva dos critérios que tornam os HSH inaptos para fins transfusionais.

Assim, os critérios elencados pela norma e a inquirição sobre as práticas de risco se dão por meio da avaliação clínica, que consiste em uma entrevista exploratória do estado geral de saúde do potencial doador, bem como em investigação específica sobre o histórico de seus processos de adoecimento, notadamente com critérios dirigidos para detectar eventual infecção por HIV/AIDS. Contudo, o protocolo clínico não alcança a janela imunológica ativa, especialmente se de algum modo o entrevistado mentir sobre suas práticas sexuais, inclusive as de risco acrescido para infecção por HIV, como o sexo anal.

Há supervalorização do número de casos nos quais a fase aguda é sintomática e pode ser relatada na entrevista pelo doador e ser aprendida pelo profissional de saúde, ao que os exames laboratoriais reduziram o período para entre 10 e 15 dias. Assim, entendo que a entrevista clínica não oportuniza uma resposta efetiva para diminuir o risco residual da janela imunológica se o candidato mentir, independentemente da motivação ou da orientação sexual, sobre suas práticas sexuais ou sobre sintomas não-visíveis no momento da entrevista.

Dessa forma, de acordo com sua performatividade de gênero, a decisão sobre a eleição do candidato está submetida crivo do agente entrevistador, que exerce o poder ao fazer falar e decidir sobre a causalidade geral e difusa das práticas de risco e da sexualidade do entrevistado. Sobre isso, elucida Foucault: “nós dizemos a sua verdade, decifrando o que dela ele nos diz, e ele nos diz a nossa, liberando o que estamos oculto” (p. 68). Por isso acredito na entrevista como forma dispositiva sobre a sexualidade homossexual, ditando as leis que se aplicam como constitutivas do próprio sujeito. Sobre o exercício do poder em Foucault (p. 88/89):

Parece-me que se deve compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte, os apoios que tais correlações de força encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esforço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação de Leis, nas hegemonias sociais.

Por outro lado, caso a bicha esteja doando sangue para fugir do estigma dos serviços de saúde e esteja insegura quanto a possibilidade de infecção pelo HIV, vai mentir para manter a sua segurança ontológica, conseguir manter a coerência de seu desejo não declarado e, conseqüentemente, colocar em risco a doação de sangue. Essa mesma interpretação serve também para as pessoas que desejam o atestado médico previsto em lei ou que tenham interesses diversos da doação de sangue, além de pessoas tidas como heterossexuais, mas com práticas sexuais mais amplas e que não serão objeto de escrutínio especificamente com relação à sexualidade. Assim, podem não apresentar compromisso com a verdade, notadamente caso seja necessária dizer sobre práticas de risco.

Desenvolvo ser a janela imunológica o motivo da existência da triagem clínica dos doadores para excluir as bichas da doação, selecionando os doadores diante da pergunta se houve prática sexual entre homens, o que significaria um fator de risco epidemiológico maior, implicando na exclusão automática do doador com a anotação desta exclusão em banco de dados para que não seja possível nova tentativa. Tenho a associação imediata entre a prática sexual das bichas e um fator de risco que condiciona a doação de sangue, especialmente porque a janela imunológica implica em um risco transfusional independentemente da orientação sexual do doador.

Portanto, para diminuir o risco residual na janela imunológica é interessante estimular ambiente não-discriminatório e livre de estigmas, o que evita a burla ao questionário, especialmente se a pessoa tiver meios de compreender a importância da doação de sangue enquanto gesto solidário. Além do mais, é necessário o aconselhamento das pessoas que praticaram sexo de risco e desconhecem os procedimentos, permitindo a compreensão sobre a exposição aos riscos de infecção por HIV e as melhores providências para testagem e tratamento. Segundo a OMS (2011), os programas deveriam ampliar a seleção de doadores de sangue voluntários e não remunerados, de forma a ser providenciado o aconselhamento dos doadores e seus familiares como ponto de entrada aos tratamentos e cuidados médicos, minimizando transmissões futuras.

Aponto a questão da entrevista individual como ferramenta de avaliação clínica para pensar o controle dos corpos não como um efeito, mas como um pressuposto de diversas camadas de estigmas referentes ao HIV, notadamente o da bicha passiva sexualmente ativa e promíscua. No caso, a captura de identidades pela Portaria serve de reforço para os discursos que essencializam órgãos e as práticas homossexuais. Assim,

pela concepção trazida pelas normativas, as práticas anais entre heterossexuais não são consideradas arriscadas para fins transfusionais, ao passo que ao incidirem sobre corpos homossexuais servem como condição de gestão técnica e científica dos riscos, e não como uma realidade fisiológica propriamente dita.

As formas de mediação global sobre o fenômeno do HIV e o deslocamento dos conceitos para “práticas ou grupos de risco” podem conduzir para o foco excessivo na autovigilância enquanto método de prevenção, em conflito com a concepção de vulnerabilidades, o que caminha na contramão da política de hemoderivados (Lei Betinho) e das medidas de intervenção propostas pela Organização Mundial da Saúde (2014).

Assim, as bichas que não apresentam práticas sexuais de risco estão automaticamente excluídas do processo de doação de sangue por não corresponderem à expectativa da norma. Nesse contexto, a imposição da autovigilância nos corpos para corresponder a um regime representativo de quais sexualidades são consideradas de risco para fins transfusionais parece distanciar das vulnerabilidades ao HIV e se aproxima da discussão sobre práticas ou grupos de risco. A partir das vulnerabilidades, entende-se que o contexto da precarização das vidas das bichas é o verdadeiro fator de risco para infecção por HIV, e não a prática do sexo anal por si só.

Nesse sentido, a ABRAFH se peticionou como *amici curiae* e afirmou que a política que determina a abstinência sexual impõe um viver em mentiras, o que implicaria na morte da sexualidade, oportunizando uma hierarquização dos pesos da dignidade. Por isso, chama atenção que se o coito anal é uma das chaves para o risco de contágio por HIV, também é possível dizer que o perigo não está na orientação sexual, mas na utilização adequada ou não de preservativos. Assim, afirma que muitas das vezes o uso da camisinha é dispensado entre heterossexuais porque não há risco de gravidez e, notadamente, porque há resistência no uso da camisinha pela heterossexualidade.

Desse modo, aponta que os homens heterossexuais podem praticar os mesmos atos de risco acrescido que as bichas e que ninguém está imune ao HIV, de modo a ser necessário mudar a percepção social sobre a infecção. A colocação é oportuna para pensar a "cadeia imaginária que leva a identificar a penetração anal com a homossexualidade, um gesto que, de passagem, faz desaparecer a penetração anal do mundo da heterossexualidade, lima o espaço hétero dessa enfermidade" (SÁEZ, CARRASCOSA, 2016, p. 28).

Ademais, é importante mencionar a necessidade de políticas públicas baseadas em evidências e que sejam capazes de trabalhar eticamente a homossexualidade como critério transversal, de modo a não reforçar os estigmas relacionados ao HIV. Por isso, mostra-se mais eficiente para fins de segurança transfusional o conhecimento sobre os riscos das práticas sexuais e como evitá-los. É a forma descrita pelos instrumentos normativos permitem que algumas práticas de risco sejam entendidas como típicas de identidades específicas, reforçando valores homofóbicos e sexistas.

A propósito, faço uma leitura anal, conforme descrita nas obras de Vidarte (2019) e Preciado (2016), no sentido de que não haver exclusividades na prática anal, porque o ânus é uma metáfora para um órgão pós-identitário que escapa da retórica de gênero e ressignifica a corporificação heterossexual. Assim, ao não prever especificamente o sexo anal enquanto prática sexual menos segura, intenta barrar o risco transfusional por um critério que aumenta a insegurança por não apontar os diversos setores da sociedade que o praticam ao ocultar a transversalidade do tema.

Por outra perspectiva, Beck (2016b) defende que a concepção crítica da teoria de risco evidencia a falta de transparência nos critérios de distribuição de riscos a serem suportados pela sociedade, o que pode conduzir a desigualdades sociais estruturais não desejadas. Nesses casos, os decisores sobre a política dos riscos podem buscar reduzir ou evitar o desnível, enquanto são induzidos a mantê-los pelo sistema perito. A questão da distribuição dos riscos a serem suportados pela comunidade social é sempre política, independente das afirmações dos subsistemas. Conforme descrito por Beck (2016b), a teoria crítica da sociedade do risco lança o deságio político de abrir os sistemas fechados sem anulá-los completamente, mas integrando-os.

Por outro lado, o CAdir/UnB, em conjunto com a Comissão de Diversidade Sexual da OAB/DF, a Corpolítica a Rexistir, estes dois últimos coletivos de alunos LGBT da universidade, apontam que os processos sociais e culturais vigentes estigmatizam os corpos LGBT ao contemplar discursos médico-científicos que apontam riscos à ordem social e sanitária na homossexualidade. Essa concepção reduz as bichas à uma de suas expressões sexuais, deslocando as evidências científicas para justificar o sexo anal enquanto prática de risco típica da homossexualidade. Por isso, explicam que o risco real consiste na prática de coito anal com múltiplos parceiros, independente da orientação sexual, e informam o critério adotado na Itália do “*assess and test*”, no qual a avaliação clínica consiste na verificação de atos praticados sem o uso de preservativos com

múltiplos parceiros em períodos recentes, evitando a distinções com relação a orientação sexual dos doadores. Ademais, afirma que a Itália não percebeu aumento de doações infecciosas após a adoção do critério. Por fim, salienta que não se pode compreender o HIV como um vírus que atua em segmentações específicas da sociedade e que a compreensão da Portaria nº 158 é preconceituosa porque o fato de ser HSH não é motivo suficiente para engendrar um comportamento de risco, especialmente porque é muito comum na população LGBT a testagem periódica e a prática de sexo seguro.

Esse movimento, portanto, demonstra uma relação desigual entre as sexualidades justamente por significar uma ocultação das práticas que fisiologicamente podem colocar em risco a segurança hemoterápica, capturando a homossexualidade nesse processo. Por isso, se faz necessário pensar criticamente os critérios de eleição de candidatos à doação de sangue e considerar as novas tecnologias médicas, além das transferências de valores advindas desse processo, de modo a não minimizar as consequências não previstas pela técnica. Assim, se faz necessário ampliar os horizontes de pesquisa e intervenção para diversificar as visões sobre os conflitos morais originados em relações hierárquica, possibilitando pensar as formas de atuação das estruturas de poder que prejudicam a organização dos serviços de saúde (DINIZ, GUILHEM, 2017).

4.2 A etnografia da janela imunológica

Considero importante atentar para o que foi narrado pelo Ministério da Saúde e Anvisa e apresentado na seção anterior, no sentido de que a triagem clínica seria importante porque existe a janela imunológica e que as práticas sexuais entre homens apresentariam risco acrescido, o que implicaria em potencial vulnerabilidade dos bancos de sangue. Assim, diante do que foi exposto na ação constitucional e mediante a verificação do que é divulgado publicamente pelos envolvidos nos processos de triagem laboratorial, percebe-se que a tecnologia disponível no sistema público de saúde evoluiu para diminuir o prazo de janela imunológica, substituindo os métodos de análise que somente consideravam a produção de anticorpos por métodos de alta sensibilidade, que identificam o material genético do vírus no sangue do candidato à doação independentemente da resposta biológica do organismo. Assim, o saber biomédico aponta para o incremento de segurança nos métodos de verificação laboratorial utilizados na testagem das bolsas coletadas.

A janela imunológica é apontada como elemento central tanto pela política restritiva quanto pelos ministros em plenário, notadamente acoplada a ideia de risco nas práticas homossexuais. Esse desnível no tratamento entre homossexuais e heterossexuais se mostrou uma preocupação dos ministros durante o julgamento da corte, manifestado como violação dos princípios da igualdade/não-discriminação, além da desproporcionalidade da restrição imposta. Para os julgadores, a questão não se apresenta apenas como necessidade de igualdade de condições, mas também como uma forma de repensar a janela imunológica por uma perspectiva constitucional, entendida como um “compromisso fundamental de uma comunidade de pessoas que se reconhece reciprocamente como livres e iguais” (p. 7), nas palavras do ministro Edson Fachin.

Conforme já explicitado, a preocupação quanto a importância da janela imunológica para manutenção sadia do ciclo do sangue esteve presente nos votos dos ministros e na discussão em plenário. Por se tratar de um conceito biomédico, considero importante trazer as considerações dos ministros sobre a abordagem jurídica do contexto da restrição de doação de sangue diante da necessidade de observância da janela imunológica para manutenção da segurança transfusional. Assim, debruço-me sobre as manifestações a respeito da janela imunológica e suas relações com os princípios constitucionais da igualdade/não-discriminação e da proporcionalidade, de acordo com os ministros do Supremo Tribunal Federal que já proferiam votos.

A votação durou três sessões, nas quais votaram os ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux. Todos os ministros entenderam que o prazo de 12 (doze) meses viola o princípio da proporcionalidade, ao passo que ainda estão pendentes o voto dos ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia. Além disso, somente o voto do ministro Alexandre de Moraes propôs declaração conforme para retirar o prazo de 12 (doze) meses previsto na norma, enquanto os demais ministros votaram pela inconstitucionalidade do inciso.

A primeira menção no julgamento sobre a janela imunológica parte do ministro Alexandre de Moraes, que demonstra preocupação caso não haja a observância de seu interstício temporal para “afastar qualquer possibilidade de eventual contaminação” (p. 31). O ministro chama atenção para a impossibilidade de a corte delinear os parâmetros ideais da janela e propõe que os exames sejam realizados após a retirada do sangue do organismo, guardando a bolsa em geladeira até o decurso do prazo da janela imunológica.

Assim, não haveria mais necessidade da abstinência sexual das bichas por 12 (doze) meses (p. 32/33). Contudo o ministro Alexandre de Moraes voltou atrás sobre este ponto no seu voto, por considerar inviável aplicar a separação dos sangues para testagem posterior.

Neste ponto, considero irrelevante para esta pesquisa perquirir sobre a viabilidade de implementação em larga escala deste procedimento, e por isso sigo para explorar um possível significado desta afirmação: a regra da abstinência sexual existe porque o sangue das bichas pode vir infectado, não obstante a observância dos demais requisitos necessários para doação de sangue (risco acrescido), de modo a ser necessário garantir a segurança. Em outras palavras, presume-se o valor intrínseco de risco de infecção em todo sangue homossexual, independentemente da experiência concreta do doador, daí a necessidade de garantir a segurança e eliminar qualquer risco para os receptores, mantendo a decisão política de não aceitar as contingências e novos contornos para a política pública.

Entendo como uma interpretação viável porque é o argumento que conclui a fundamentação do voto que dá interpretação conforme à Constituição para retirar o prazo de 12 (doze) meses previsto na Portaria nº 158. Segundo o ministro Alexandre de Moraes (p. 33):

Então, só que aqui eu dou uma interpretação conforme no sentido de que eu retiro o prazo do inciso XXX de 12 meses, ou seja, a legislação vigente vai estabelecer os requisitos: é possível doação dos indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou parceira destes, desde que, desde que o teste imunológico seja realizado somente após a janela sorológica ou imunológica definida pelas autoridades de saúde.

Então se retira a exigência da abstinência... então se ele teve uma relação sexual homem, relação sexual com homem a um mês atrás, ele doou sangue, aquele sangue não poderá ser imediatamente utilizado; vai se aguardar a janela imunológica para se realizar o exame sorológico. Qual é, quem define é o Ministério da Saúde; hoje, segundo todas as argumentações, é 15 a 20 dias, um mês... A partir desse exame, verificado que não há nenhum problema, esse sangue ficaria disponível somente após essa janela e esse exame.

Portanto, observo o reconhecimento pelo ministro Alexandre de Moraes que a norma contida na portaria captura a homossexualidade para impor exigência de abstinência por 12 (doze) meses para fins de doação de sangue. Por outra perspectiva, observo possível relação de causalidade entre o sangue coletado da bicha e a transmissão de doenças infecciosas, notadamente pelo uso da locução subordinativa condicional

“desde que” e do advérbio de exclusão “somente”. Assim, a janela imunológica seria o único empecilho para a doação de sangue pelas bichas, mas nada fala sobre a necessidade de observância em outros casos. Isso porque, segundo este raciocínio, mesmo se a bicha tenha tido alguma prática sexual que não apresente risco infeccioso, teria de aguardar o decurso do prazo da janela imunológica, o que reforça o argumento da abstinência sexual utilizado pelo próprio ministro. Essa afirmação é repetida após a inquirição da ministra Cármen Lúcia (p. 34), cuja resposta do ministro Alexandre também é seguida do advérbio somente, conforme se verifica a seguir (p. 34/35):

Exatamente, no caso, que é o caso pedido aqui, indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes, o sangue doado somente poderá ser utilizado após o exame ser realizado após aquela janela imunológica.

A minha percepção segue no caminho da existência de raciocínio pela causalidade entre a coleta de sangue da bicha com uma narrativa sobre o risco já implícita, o que constituiria fator impeditivo por causa da janela imunológica, independentemente do tipo de prática sexual, como o *gouinage*²³ ou a masturbação, por exemplo, ou se essas práticas apresentam risco acrescido para fins de infecção por HIV. Importante mencionar também que não foram consideradas as relações sexuais com preservativos entre homens ou o uso da profilaxia pré-exposição, por exemplo, mesmo após o reconhecimento das relações homoafetivas enquanto unidades familiares pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 4277.

O ministro Alexandre de Moraes conclui o seu voto declarando parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158 do Ministério da Saúde, considerando que neste caso “não dá pra salvar” (p. 34), ao passo que confere declaração parcial de nulidade para reduzir o texto da Resolução 25 da Anvisa para retirar o prazo de 12 (doze) meses previsto na alínea *d*, desde que o teste imunológico seja realizado após a janela imunológica, a ser definida pelas autoridades de saúde. Juridicamente, a decisão retira o prazo de 12 (doze) meses da restrição para a doação de

²³ Em francês significa sexo lésbico, mas tem sido frequentemente utilizado para designar a prática sexual que não envolva penetração pênis/vagina, pênis/ânus, consolos e afins. Independentemente da orientação sexual, o *gouinage* pressupõe a estimulação psíquica e excitação de órgãos, sentidos e fluidos, e prescinde de contato direto com órgãos sexuais.

sangue, mas condiciona à observância da janela imunológica a ser regulada posteriormente pelos órgãos de saúde.

Pensamento semelhante, no que toca à necessidade de observância da janela imunológica, foi demonstrado pelo ministro Luís Roberto Barroso em seu voto quando afirmou que há maior risco de infecção no grupo epidemiológico e que a janela imunológica deveria ser avaliada em uma “triagem clínico-epidemiológica dos doadores, focada basicamente na entrevista que é feita aos candidatos” (p. 37).

O ministro Luís Roberto Barroso segue em seu voto explorando o princípio da proporcionalidade e questiona se o critério dos doze meses seria excessivo diante da janela imunológica de aproximadamente 10 a 12 dias. Sobre o princípio da proporcionalidade, Barroso salienta que o interesse público deve ser verificado quando há restrição a direito fundamental, de modo a ser ponderado se a restrição atende um critério de proporcionalidade (p. 39). Por isso, seria necessário perceber os limites dos parâmetros adotados para a realização da restrição, o que significa a escolha da possibilidade menos gravosa de restrição a um direito. A restrição somente seria válida, segundo o Barroso, mediante sua imprescindibilidade.

Para o ministro, em sede de políticas públicas, o caminho menos gravoso a direitos fundamentais deve ser adotado pelas normatizações do Estado. A Portaria é desproporcional, segundo o ministro, porque restringe sobremaneira os direitos da comunidade LGBT, especialmente dos homossexuais masculinos. Nesse contexto, Barroso avança para dizer ser “absolutamente desnecessária” (p. 40) a imposição da abstinência de 12 (doze) meses para observância da janela imunológica. Ele diz defender a regulamentação que privilegia a observância do período de janela imunológica, mas enxerga excesso na norma ainda em vigor em razão das condições atuais de verificação dos exames laboratoriais. Eis as palavras do ministro Barroso (p. 40):

Pois bem, este critério dos doze meses, ele não se sustenta e ele é claramente excessivo. Se o problema, como diz o Ministério da Saúde e como diz a Anvisa, é a tal janela imunológica, porque em relação a todo o período, tudo o mais, o exame laboratorial é capaz de detectar, a regra que impõe o dever de abstinência por 12 meses – ou seja, impede o desfrute de uma vida sexual normal –, é absolutamente desnecessário e a necessidade para atingir um determinado resultado é um dos componentes da ideia de proporcionalidade.

Portanto se fora do período da janela imunológica o exame laboratorial elimina o risco do falso negativo, não há nenhuma razão para que eventual interdição, eventual período de inabilitação, extrapole, e ainda

que se queira ter uma margem de segurança, 15 dias ou 30 dias que fossem, mas um ano peca claramente pelo excesso.

E, portanto, Presidente, eu considero em primeiro lugar que há uma violação do mandamento da proporcionalidade na dimensão da proibição do excesso porque haveria medida menos gravosa possível. Com o que eu estou dizendo, mas não estou interferindo nesta normatização, que não possa haver eventual regulamentação para prevenir a contaminação dentro do período da janela imunológica – eu acho perfeitamente possível, eu acho que pode e acho que talvez deva –, mas esta normativa peca claramente pelo excesso.

O entendimento do ministro Luís Roberto Barroso foi ratificado pela ministra Rosa Weber, notadamente ao reafirmar que a relação sexual entre homens se constituiria em conduta de risco por si só pelas normativas impugnadas (p. 42). Nessa mesma linha intelectual, mas com fundamentação diversa, o ministro Luiz Fux também entendeu pela desproporcionalidade dos textos da Portaria do Ministério da Saúde e da Resolução da Anvisa, que ao colocar restrição de doação quanto às condutas de risco pretende um universo muito maior do que relação entre homossexuais, sendo, neste caso, absolutamente proporcionais. Ao aludir às práticas sexuais entre homens, defende que a proibição “só se manifesta desproporcional exatamente com relação a esta janela imunológica” (p. 45).

Assim, o voto do ministro Luiz Fux defende ser desproporcional a restrição de 12 (doze) meses para resguardar a janela imunológica no caso dos homens que fazem sexo com homens, especialmente porque o exercício livre da sexualidade não apresentaria risco por si só. Assim, embora legítimo o interesse do Estado de elencar condutas de risco que podem colocar em risco a segurança hemoterápica, haveria excesso restritivo da norma legal. Nesse sentido, o ministro Barroso afirmou que “o melhor critério, no meu modo de ver, não é, evidentemente, grupo de risco; é conduta de risco” (p. 43), porque a norma impugnada partiria da presunção de que “a maioria dos homossexuais seria portadora de HIV, quando, na verdade, hoje as pesquisas indicam que os homossexuais têm muito mais cuidado e que, hoje, o aumento da infecção por HIV se dá, exatamente, em relação aos heterossexuais” (p. 44).

Nesse contexto, o Boletim Epidemiológico HIV/AIDS 2018 (Ministério da Saúde, 2018) aponta que a principal forma de transmissão foi a via sexual, sendo que a região sudeste apresentou predomínio da exposição homo/bissexual (55,8%), ao passo que nas

demais regiões do país predominou a exposição heterossexual²⁴ (p. 18). Em números absolutos, o Boletim Epidemiológico indica 5.708 notificações para autodeclarados homossexuais e 1.030 notificações para bissexuais, ao passo que as notificações de heterossexuais foram 3.794 casos. Considero, portanto, que os dados epidemiológicos são poderosas ferramentas para mapeamento e tomada de decisão em políticas públicas sobre o HIV e chamo atenção que os números são próximos e o cenário complexo.

Chamo atenção para as diretrizes globais de prevenção à AIDS que priorizam a testagem para HIV como uma forma de prevenção eficaz nas populações-chave²⁵, o que pode estimular a busca da população para testagem nos centros de saúde. Ademais, historicamente as populações-chave são alvos de campanhas publicitárias que colocam a testagem como método de prevenção para infecção por HIV.

Com isso, não desconheço os dados que indicam a concentração da epidemia nas populações-chave²⁶, mas percebo a leitura epidemiológica dos dados como forma de consciência da gravidade e das particularidades da epidemia, independentemente das formas de expressão da sexualidade e quantificação absoluta/recortada dos dados. A intenção desta colocação é chamar atenção para a necessidade do conhecimento como forma de autonomia para livre exercício da sexualidade. Assim, reafirmo que esta dissertação foca nas narrativas da epidemia a respeito de uma população-chave, e não em recortes epidemiológicos, motivo pelo qual deixo de abordar taxas de prevalência e incidência como argumentos totalizantes a serem considerados à parte das vulnerabilidades e dos estigmas que incidem da população-chave dos homens que fazem sexo com homens.

Retornando ao julgamento, o voto do ministro Ricardo Lewandowski demonstrou preocupação sobre a possibilidade da corte em decidir sobre uma política pública sem a capacidade institucional de definir o período de janela imunológica (p. 48). Nesse aspecto, o ministro salientou que a Corte não é formada por médicos, biólogos ou cientistas, o que poderia usurpar a competência das autoridades sanitárias, ainda que a decisão deva ser

²⁴ Na página indicada há um gráfico, contudo não há digressão sobre os números. Reproduzo, então, o conteúdo conforme descrito, ressaltando o caráter não comercial da presente pesquisa e a autorização do Ministério da Saúde para uso gratuito dos dados.

²⁵ Flowers, P. , Riddell, J. , Park, C. , Ahmed, B. , Young, I. , Frankis, J. , Davis, M. , Gilbert, M. , Estcourt, C. , Wallace, L. and McDaid, L. (2017), Preparedness for use of the rapid result HIV self-test by gay men and other men who have sex with men (MSM): a mixed methods exploratory study among MSM and those involved in HIV prevention and care. *HIV Med*, 18: 245-255. doi:[10.1111/hiv.12420](https://doi.org/10.1111/hiv.12420)

²⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Boletim epidemiológico 2017**. Secretaria de Vigilância em Saúde, v. 48, n. 8, 2017.

tomada sob uma perspectiva de direitos humanos. Assim, o ministro ponderou a fundamentação do ministro Luiz Fux para evidenciar a existência de comportamentos de risco para a doação imediata do sangue e os perigos da permissão da doação sem observância da janela (p. 48).

Compreendo a afirmação como uma preocupação institucionalmente legítima, contudo, percebo a consideração como se a janela imunológica somente devesse ser observada quando se tratasse de doação por bichas. Nesse contexto, evidencio a imediata associação do sexo das bichas enquanto comportamento de risco, o que permite a ilação de que as amostras de sangue desta população estariam infectadas. Aliás, importante mencionar que a janela imunológica é o principal elemento de risco transfusional, devendo ser observada em todos os casos e por isso seriam avaliados clinicamente os comportamentos sexuais em complemento à avaliação laboratorial.

Em certo momento, a ministra Cármen Lúcia conduz a votação para a necessidade da marcação precisa dos votos, especialmente porque o ministro Alexandre de Moraes proferiu voto pela diminuição do prazo previsto na portaria impugnada. Assim, antes do pronunciamento da parte dispositiva²⁷ do voto do ministro Ricardo Lewandowski, a Presidenta informou sobre a situação dos votos dos demais ministros. O ministro Luiz Fux, indicou o voto parcialmente procedente para excluir a alínea *d* da portaria e reduzir o prazo da legislação (p. 49).

O ministro Luís Roberto Barroso pediu, então, o aparte para explicitar a parte dispositiva do seu voto, justificando que o risco existente é o da janela imunológica, mas que em *obiter dictum*²⁸ entende pelo dever de serem normatizadas as condutas de risco protegidas pela janela imunológica (p. 50). Questionado se a declaração de inconstitucionalidade retiraria a integralidade do inciso XXX da RDC nº 34 da Anvisa, o ministro Edson Fachin informou que votou apenas da alínea *d*, especialmente porque na ação não consta pedido de inconstitucionalidade do inciso ou demais alíneas (p. 50). Assim, reafirmou que o estabelecimento de grupos de risco ao invés de condutas de risco torna a alínea inconstitucional e por isso julgou a ação procedente.

²⁷ A parte dispositiva do voto, decisão ou sentença, a autoridade judiciária profere o julgamento final. No caso das ações constitucionais, o voto pode ser proferido pela procedência, improcedência ou procedência parcial da ação constitucional, a depender dos argumentos jurídicos expostos.

²⁸ Expressão em latim que serve para expressar argumentação a título retórico e que não integra o comando principal da decisão e é utilizada para complementar o raciocínio principal que fundamenta a razão de decidir (*ratio decidendi*). Assim, caso retiradas da decisão, as fundamentações em *obiter dictum* mantêm a decisão íntegra e sem prejudicialidades.

A partir deste momento a discussão em plenário evoluiu para delimitar se haveria conduta de risco, prática sexual de risco ou grupos de risco, discussão que considero ultrapassada se considerado o contexto de vulnerabilidades delineadas no capítulo anterior. Portanto, avanço parte do debate em plenário para trazer o momento no qual o ministro Ricardo Lewandowski alinhou seu voto ao exposto pelo ministro Alexandre de Moraes, no sentido de trazer uma interpretação conforme que retirasse “relações homossexuais” e incluísse “conduta de risco” (p. 55), caso contrário tenderia para a improcedência da ação. Nesse aspecto, justificou o voto na atualidade da Portaria (2016) e da Resolução (2014), o que pressuporia atualização quanto ao estágio de desenvolvimento científico no que toca à identificação precisa do período de janela imunológica. Reafirmando, novamente, não poder o tribunal adentrar áreas de conhecimento que não lhe são próprias (p. 56).

Então a Corte Constitucional volta a apreciar a questão das condutas de risco e práticas de risco, trazendo outras categorias do art. 64 da Portaria nº 158²⁹ e como isso implicaria ou não em tratamento discriminatório com homossexuais e demais situações elencadas pela norma. Muito embora os ministros tenham explorado a situação da janela imunológica, pouco se discutiu sobre as condutas de risco, sendo que grande parte das discussões giraram em torno se o grupo epidemiológico HSH seria um grupo de risco ou se as práticas sexuais do grupo seriam por si só consideradas de risco.

Nesse contexto, friso que as normas consideram a dificuldade de verificação quanto o período de janela imunológica dos potenciais doadores e por isso se utilizam da verificação para melhor compreender o quadro de saúde dos doadores. A avaliação sobre as práticas de risco do potencial doador deve ser criteriosamente observada em todos os casos, segundo a Portaria.

Nesse contexto, o profissional de saúde deve se fiar nas palavras do entrevistado para realizar uma avaliação precisa, de modo a ser fundamental, para fins de segurança transfusional, haver estímulo de uma prática não-discriminatória e que não estimule a mentira. Caso os potenciais doadores se sintam pressionados a mentir, seja por não se sentirem acolhidos em sua sexualidade ou por desejarem realizar uma testagem sorológica no momento da doação, a política pública pode ser, de fato, colocada em risco.

Ademais, o ministro Edson Fachin sintetizou a interpretação da portaria sob o princípio da igualdade/não-discriminação: “orientação sexual não contamina ninguém; o

²⁹ Disposições semelhantes também constam nas alíneas do inciso 30 da RDC nº 134 da Anvisa.

preconceito sim” (p. 12). Entendo que a afirmação sintetiza o problema da janela imunológica sendo agenciado especificadamente para reproduzir a anallidade de risco das bichas. Explico: conforme debatido em plenário e pelo parecer do Ministério da Saúde e da Anvisa, o ponto nodal da compreensão do risco transfusional é a janela imunológica e não sexualidades específicas.

Por isso, chamo atenção para a atuação do risco como forma de delimitar quem deve suportar e aceitar expectativas específicas na sociedade, já que a quantificação do risco não se transforma em direito, atrapalhando a estratégia da sociedade em retardar o risco e evitar a contingência. No confronto entre as expectativas e a as situações de risco, os subsistemas da modernidade tenderiam a redistribuir e repolitizar as categorias de risco, reformulando a intenção de vincular o presente a um futuro seguro. A intenção é justamente modular o sistema jurídico para definir quais riscos podem ou não serem suportados pela sociedade e quem são as pessoas ou categorias que devem suportá-los (DI GIORGI, 1988).

Ademais, tenho que o direito tende a estabilizar uma normalidade já construída e projetar uma racionalidade que estabilize as condições estruturais de alta complexidade, que demandam uma estabilização do agir dos cidadãos. Segundo Di Giorgi (1998), o risco seria exatamente a “constituição de formas para representação do futuro e para produzir vínculos com o futuro” (p. 193). Nesse contexto, o autor também traz a função do risco de racionalizar o medo e permitir a operacionalização sobre as angústias geradas pela insegurança nas incertezas inerentes à própria existência humana, conforme se percebe do trecho a seguir transcrito (p. 197):

A análise do risco na sociedade contemporânea pode ter a função de racionalizar o medo. Nas análises da sociedade contemporânea recorreu-se largamente ao conceito de risco, ainda que, apesar do clamor e do “pathos” com que vem sendo utilizado, permanece indiferenciado e funcione antes como substituto para a angústia provocada pela obsolência das velhas distinções. (...)

Dessa forma, ressalte-se que todas as sexualidades podem praticar atos sexuais arriscados para fins transfusionais, inclusive o sexo anal desprotegido, notadamente quando o período da janela imunológica não pode ser exatamente previsto, calculado ou informado. Daí a necessidade de compreender o deslocamento do critério proibitivo em uma categoria compreensiva da totalidade de uma orientação sexual, transferindo a ideia de risco para um campo virtual aberto da experiência do outro, no caso, das bichas. A

norma não faz menção a condutas específicas que significam um risco para a janela imunológica. Pelo contrário, pressupõe um grupo de práticas sexuais únicas: o sexo anal das bichas. De toda sorte, penso que se o risco está presente na prática sexual anal, por que não há nenhuma menção à prática de sexo anal por pessoas heterossexuais?

Neste ponto, percebo a ideia de risco sendo utilizada para recusar a solidariedade da população homossexual que deseja doar sangue com base em uma concepção histórica da epidemia que estigmatizou especificamente este grupo. Assim, evidencio que a discussão travada em plenário não dialogou com o entendimento da Organização Mundial da Saúde (2014) no sentido de estarem os homens que fazem sexo com homens em situação de vulnerabilidade independentemente do tipo epidêmico e do contexto social local. Além disso, seguindo o contexto da sociologia das incertezas a aversão a contingência não significaria, necessariamente, a manutenção da qualidade dos estoques dos bancos de sangue.

Por isso, a questão da vigilância sanitária e da janela imunológica serem tão importantes para o direito se manifestar sobre a constitucionalidade da Portaria. Não se pode descuidar da preocupação com os receptores do sangue, mas a compreensão de que não há transfusão sanguínea indene de riscos também é necessária.

Contudo não é o que apresenta a restrição quanto às bichas, que independentemente das formas que exerçam a sexualidade, sempre serão excluídas da doação de sangue, a menos que se imponham abstinência sexual de um ano. Aliás, a imposição de abstinência sexual pode significar que toda e qualquer prática sexual é arriscada e constituída principalmente na prática anal. Compreendo, portanto, que o critério impugnado embora mencione “homens que façam sexo com homens” como um uma narrativa sexual arriscada, na realidade significa a presunção de um “grupo de risco” em associação com a comunidade homossexual.

Após compor o quadro de manifestações dos ministros sobre a questão da janela imunológica e a sua importância para a manutenção do ciclo sadio do sangue, passo a trazer as contribuições sobre os princípios constitucionais em ponderação no espaço constitucional. De maneira geral, todos os votos contemplaram o princípio da igualdade/não-discriminação, mesmo que sob perspectivas diferentes. O princípio da proporcionalidade também foi utilizado para matizar o tempo da janela imunológica com a restrição de 12 (doze) meses, além do princípio da solidariedade. Assim, trago à discussão o voto do ministro Edson Fachin, relator do processo e primeiro a votar.

O ministro relator inicia o voto com inferência sobre a relação entre sangue e pertencimento, que oscilam historicamente entre momentos de acolhimento e exclusão, benevolências e malefícências (p. 3). No campo simbólico, Edson Fachin explicou que o sangue se apresenta metaforicamente como impossibilidade de violação do que há de humano em todos os indivíduos: o sangue não pode e nem deve ser espoliado. Apresenta, portanto, inflexão filosófica sobre o que nos torna humanos, pertencentes à mesma espécie pensante e, por isso, merecedores de dignidade plena, independentemente de motivos de raça, cor, gênero e orientação sexual.

A partir de então, considera a ética da alteridade exercitada à luz do princípio da solidariedade, um dos fundamentos da República (p. 5). Segundo o ministro Edson Fachin, a “ética da alteridade” dialoga com os direitos coletivos porque nenhuma pessoa exerce sua liberdade no vazio, sendo a alteridade responsável pela construção das identidades nas respostas ao apelo à existência o outro. Salienta, assim, que essa lição tangencia o princípio da igualdade porque dispõe que todas as pessoas são livres e iguais para exercer seus projetos de vida, sendo rechaçada a discriminação. Esse é o pano de fundo para questionamento do relator sobre a constitucionalidade da norma (p. 5):

o estabelecimento, ainda que indireto, de um grupo de risco, a partir da orientação sexual e assunção dessas pessoas, a incluir suas eventuais parceiras, impõe-se a este grupo de risco, a partir da orientação sexual, medidas restritivas ao ato de doar sangue como justificáveis?

Como resposta, o ministro evidenciou a desmedida valorização da segurança em uma interpretação consequencialista especialmente dirigida para a orientação sexual. Assim, para o ministro Edson Fachin, o exercício da liberdade de doar sangue homossexuais não seria possível apenas para garantir a segurança dos bancos de sangue. Afirmou, ainda, que o resultado deste raciocínio seria “uma quase proibitiva forma de exercício” da orientação sexual (p. 5/6).

O ministro avança (p. 6): “não pode o direito, em meu modo de ver, com devido respeito a uma sociedade plural, incorrer em interpretação utilitarista, recaindo em um cálculo de custo e benefício, que desdiferencia o direito para as esferas da política e da economia”. A leitura de Fachin nega o emprego utilitarista da ciência e dialoga com a sociologia do risco, que critica a segurança como a necessidade de prolongação do presente, negando as possibilidades positivas para preservar a sociedade dos resultados negativos (BECK, 2016a). A partir de uma análise de gênero, aliada ao que traz o

ministro, a proibição captura a sexualidade desviante – adoecida –, que não está presente para a heterossexualidade – adequada – em igual circunstância (BORILLO, 2010). Seria essa diferenciação, marcada pela sexualidade do outro, pode aumenta o estigma relacionado ao HIV ao colocar a heterossexualidade como elemento definidor dos valores sociais e que desloca o poder na economia sexual (PARKER, 2000).

O voto ressalta a construção científica do HIV como uma doença do outro, inicialmente identificada e acoplada à homossexualidade e afastada da heterossexualidade. Essa conclusão, para o ministro Fachin, não seria juridicamente possível, sendo necessário o tratamento igual e digno a “todas as pessoas que desejam exercer a alteridade e doar, com todos os exames e precauções necessárias e aplicáveis a todas as pessoas desejam doar sangue” (p. 6). Assim, a declaração de inconstitucionalidade não desconsideraria a norma posta, mas permitiria a aplicação digna e igual da própria política pública de hemoderivados em discussão na corte.

O ministro Edson Fachin usa a palavra responsabilidade para designar a decisão política do Supremo Tribunal Federal de julgar uma restrição de direitos fundamentais que impede o exercício da solidariedade no ato de doar sangue para além da inconstitucionalidade em abstrato da norma. Nesse contexto, reforça o compromisso de tratar de forma igual e digna todos os potenciais doadores sem descuidar da segurança transfusional a ser observada de forma geral.

No que toca ao princípio da solidariedade, percebo aqui o diálogo entre fontes normativas do direito, especialmente porque a Lei do Sangue³⁰ eleva a solidariedade humana como princípio da Política Nacional Hemoderivados e fator que impõe a voluntariedade não-remunerada para coleta sanguínea. Este também é um apontamento presente na petição inicial, na qual o PSB afirma que a proibição de doação de sangue viola o princípio da solidariedade e fere o princípio da dignidade humana.

De volta ao julgamento, em um novo giro intelectual, o ministro Edson Fachin evidencia a Constituição enquanto compromisso de desenvolvimento da comunidade em sua plena potencialidade, especialmente nas relações entre cidadãos reguladas pelo poder

³⁰ Art. 14. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: II - utilização exclusiva da doação voluntária, não remunerada, do sangue, cabendo ao poder público estimulá-la como ato relevante de solidariedade humana e compromisso social; VI - proteção da saúde do doador e do receptor mediante informação ao candidato à doação sobre os procedimentos a que será submetido, os cuidados que deverá tomar e as possíveis reações adversas decorrentes da doação, bem como qualquer anomalia importante identificada quando dos testes laboratoriais, garantindo-lhe o sigilo dos resultados;

público (p. 7). Com base nessa formatação constitucional, disserta Fachin sobre a restrição temporária de 12 meses (p. 8):

esta condição pode se revelar como negação de qualquer possibilidade do exercício desse ato maior de alteridade para todos que exerçam a sua liberdade e também em igualdade de condições. Esta restrição que deriva desta normativa consiste, praticamente, em quase vedação, de forma a violar uma forma de ser e de existir, viola subjetivamente a todas e cada uma destas pessoas e também viola o fundamento próprio de nossa comunidade no respeito à diversidade que é a própria dignidade da pessoa humana.

Isso porque o valor moral entre os sujeitos de direito é preservado não só como um “guarda-chuva discursivo”, mas como proteção integral do sujeito enquanto “vivente em sua existência concreta” (p. 8). Para o ministro, a proteção do núcleo essencial da dignidade humana é norma fundante do Estado, imperativa no presente, demandando a aplicação direta dos direitos fundamentais dela decorrentes. Nesse contexto, cita obra do professor Daniel Sarmento que salienta a necessidade do “reconhecimento individual e coletivo das pessoas nas instituições” (p. 9).

Assim, o ministro defende a ofensa à autonomia das pessoas pelas normas impugnadas, o que não seria justificado nem pela teoria constitucional e nem pelos motivos apresentados (p. 10):

Entendo, por isso, que as normas ora impugnadas afrontam sobremaneira a autonomia, o reconhecimento daqueles que querem doar sangue e encontram-se, não por outra razão justificável do ponto de vista da medicina da saúde, mas encontram-se pela razão da orientação sexual limitados pelas previsões normativas ora impugnadas.

(...)

O plexo normativo da Portaria e da Resolução ora questionadas afronta, em meu modo de ver, a autonomia daqueles que impedem fazer a doação de sangue, pois restringe as formas dessas pessoas de serem como são e existirem autonomamente. Exigir que somente possam doar sangue após o lapso temporal de 12 meses é impor, também, que, praticamente, caso queiram fazê-lo à luz dessa normativa, se abstenham de exercer a sua própria liberdade. A precaução e a segurança, que são, sem dúvida alguma, parâmetros inseparáveis para a doação de sangue podem, a precaução e a segurança podem e devem ser asseguradas, mas não apenas em relação à orientação sexual, de tal maneira que não comprometa a autonomia de ser e existir destas pessoas e de todas as pessoas.

De volta à legitimidade da restrição, insiste que a norma limita a doação de sangue por um grupo específico de pessoas somente pelo fato de serem quem são, e não por terem práticas sexuais consideradas arriscadas. É o que se depreende do excerto a seguir (p. 9):

a Portaria do Ministério da Saúde e a Resolução da Anvisa aqui impugnadas consistem em normas estatais, portanto derivam de uma prática estatal que, a despeito de buscar - e de maneira legítima - esse intento, proteger receptores de sangue, acabam, pelo seu instrumento e modo, por desprestigiar a identidade mesma de um grupo de cidadãos e potenciais doadores de sangue e assim o fazem com base na orientação sexual das pessoas com que eles se relacionam e não com fundamento em possíveis condutas arriscadas praticadas.

Essa situação ocasionaria uma desigualdade injustificada que estimula a ignorância e preconceito quanto ao modo diverso de vidas, segundo o ministro Fachin. O argumento utilizado é que as pessoas merecem reconhecimento coletivo, o que implica em poder participar ativamente de sua comunidade política, comungando do reconhecimento recíproco de seus pares. Por isso, é necessário reconhecer igual tratamento moral, jurídico, normativo e social a cada cidadão (p. 10).

O ministro Fachin prossegue frisando que fundamental para síntese do princípio da igualdade no caso é compreender “a conduta possivelmente arriscada e não o gênero da pessoa com a qual os demais se relacionam” (p. 11). Significa dizer que todas as pessoas em iguais condições possuem a mesma dignidade e por isso o princípio da igualdade deve ser substancial na proteção de liberdades moralmente significativas, como a orientação sexual e liberdade de expressão, por exemplo. Essa proteção estaria, para Fachin, prevista na Constituição Brasileira, impondo a observância da igualdade nas políticas públicas (p. 11):

igualdade se as políticas públicas de feição normativo para a doação de sangue deixarem de lado restrições baseadas na orientação sexual e no gênero dos candidatos a doadores e passarem a estabelecer limitações e condicionantes que digam respeito às condutas, às práticas, aos comportamentos daqueles que querem doar, objetivamente considerados.

A concretização da igualdade se manifesta, segundo o ministro relator, na observância da conduta de risco, ou prática sexual de risco, afastando “desigualdades que imponham prejuízo às pessoas e sejam alheios à sua responsabilidade” (p. 12). A consideração e respeito ao cidadão está na eliminação das desigualdades, o que imporia o combate de situações que limitam a liberdade e autonomia dos sujeitos.

Assim, seria dever do Estado eliminar as desigualdades injustificadas, porque as demais condutas de risco narradas pela portaria, tais como a realização de piercing e tatuagem, por exemplo, diriam respeito a condutas especificamente praticadas pela pessoa, e não pela expressão da sexualidade livre. Essa é a distinção injustificada para o

ministro: enquanto algumas das outras situações narradas pela portaria dizem respeito a atos deliberadamente praticados pela pessoa ou à localização geográfica em certos momentos, a restrição à liberdade sexual estaria expressa quando se presume a prática sexual de risco a partir de orientações sexuais específicas (p. 12):

Conforme se verifica nos autos, a Normativa do Ministério da Saúde estabelece outras situações que levam à inaptidão do candidato a doador de sangue. Todas essas outras situações, que agora examino, ainda que apenas quantum sax, todas essas outras situações elencadas na Portaria 158 dizem respeito a condutas praticadas pela pessoa doadora ou condutas às quais ela foi submetida. Em nenhuma delas a inaptidão temporária para doação se dá em razão da orientação sexual ou do gênero daquele com quem a pessoa doadora se relacionou ou em razão da orientação sexual da pessoa doadora.

O ministro Fachin também interpreta o princípio da igualdade sob a luz de outro princípio constitucional, o da proporcionalidade³¹. Nesse contexto, inicia a análise presumindo a ausência de intenção lesiva pelo órgão ministerial, sem desconsiderar o impacto desproporcional no qual a restrição incide. Contudo, a ausência de intencionalidade discriminatória não afasta, para o ministro, os impactos desproporcionais nos homossexuais, de modo que a incidir a violação ao princípio da igualdade. Para tanto, o voto menciona jurisprudência internacional para concluir que os procedimentos neutros não podem ser mantidos caso mantenham o aspecto discriminatório de práticas anteriores (p. 13/14).

No entanto, o entendimento do ministro Alexandre de Moraes caminhou no sentido de não haver conteúdo discriminatório ou desarrazoado nas normais impugnadas, porque seguiriam conhecimento técnico-científico sobre infecção por HIV (p. 22/25). Assim, não haveria intenção discriminatória e não se trataria de um ato arbitrário dirigido para a orientação sexual dos indivíduos, mas observância do trinômio da segurança do receptor, do doador e dos profissionais envolvidos na área (p. 24). Por não haver discriminação absurda, já que a finalidade da diferenciação no caso é acolhida pelo direito, os atos normativos seriam constitucionais.

³¹ Segundo o vocabulário jurídico (tesauro) do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, “A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa”. A proporcionalidade também pode ser interpretada como proibição de excesso, sendo um “parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções legislativas nos direitos fundamentais como proibições de intervenção”. Por outro lado, em sentido estrito, “assume o papel de um controle de sintonia fina, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”.

O cerne da análise sobre a legitimidade da diferenciação, para o ministro Alexandre de Moraes, está na arbitrariedade de tratamentos não razoáveis, sem uma finalidade constitucional (p. 25). Portanto, por compreender presente a proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, interpreta a Portaria e a Resolução nos termos da Lei do Sangue, o que conduziria a inflexão sobre o critério ser a orientação sexual ou uma conduta de risco. Assim, considera a análise se algumas orientações sexuais têm práticas sexuais de risco com maior frequência (p. 26):

É, portanto, absolutamente essencial realizar a análise pra saber se algumas condutas de risco estão mais presentes, ou não, em algumas orientações sexuais. São coisas diversas, coisas diversas, o elemento discriminador ser a orientação sexual, ou qualquer outra escolha pessoal, ou o elemento discriminador, buscando a finalidade constitucional, se uma conduta de risco que decorre de alguma orientação ou alguma escolha que a pessoa fez. São questões, a meu ver, diversas se essas condutas ou essa específica conduta de risco está mais presente em algumas orientações sexuais e, consequentemente, se na presente hipótese existiria ou não a finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado, que permita um tratamento diferenciado.

É possível fazer algumas inferências sobre a fala do ministro Alexandre de Moraes. A primeira delas é a comparação direta entre orientação sexual e escolhas pessoais. A segunda é a associar diretamente práticas sexuais de “risco” estar mais presente em orientações sexuais específicas, o que permitiria a discriminação constitucional da proibição de doação de sangue. A ausência de preconceito legal reside, para o ministro Alexandre de Moraes na separação do preconceito de fatos técnicos e para isso, apresenta dados epidemiológicos que representariam fatos concretos sobre a sociedade e a infecção por HIV (p. 26), especificamente a recente masculinização da epidemia no país.

Entendo, no entanto, haver mais sobre a sociedade que dados epidemiológicos. Por esse motivo, reforço ser a intervenção estrutural com base comunitária uma ferramenta para corrigir as desigualdades e vulnerabilidades sociais (PARKER, 2000). Daí a importância de trabalhar a suscetibilidade às doenças em interação entre o indivíduo e a sociedade, de modo a possibilitar o vislumbre da complexidade da construção dos significados que envolvem o fenômeno do HIV (AYRES, CALAZANS, SALETTI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012). Além disso, pensar os perigos institucionalmente anunciados pelo sistema perito sob uma perspectiva crítica se constitui uma forma de democratização das relações de poder nas disputas sobre a verdade e legitimidade das políticas públicas (BECK, 2016b), conforme já mencionado pelo ministro Edson Fachin.

Retornando ao julgamento, após ser questionado pelo ministro Marco Aurélio Mello se a política pública era razoável no que toca ao cuidado da saúde, o ministro Alexandre de Moraes responde ser “ao menos razoável”, levantando a possibilidade de o critério estar equivocado e rechaçando o conteúdo discriminatório por “opção sexual” (p. 29). Nesse contexto, reafirma o caráter não discriminatório da norma, pois em última análise a Portaria resguardaria o direito do doador HSH em doar sangue. Isso porque o ministro Alexandre de Moraes considera desarrazoado o prazo de 12 (doze) meses fixado e propõe a fixação de novo prazo pelas autoridades competentes, o que diminuiria o número de casos de mentiras sobre a orientação sexual quando da recolhida do material (p. 32).

Com o término do voto do ministro Alexandre de Moraes a sessão é suspensa e o julgamento é retomado em 25/10/2017 com o voto do ministro Luís Roberto Barroso. Em sua fundamentação, afirma que a Portaria se constitui como banimento dos homossexuais masculinos à doação de sangue, configurando um marco “extremamente discriminatório e extremamente estigmatizante para uma coletividade já, tradicionalmente, vítima de preconceitos e de abusos” (p. 37). Ao avançar, salienta a justeza da queixa porque a norma trataria de maneira discriminatória o grupo, ainda que sob o argumento legítimo de proteção da saúde pública, sem fundamento legítimo (p. 37). O princípio da proporcionalidade foi usado, então, para verificar a imprescindibilidade da restrição para manutenção da higidez da norma (proibição do excesso³²).

A solução encontrada pelo ministro Barroso foi que tanto a norma do Ministério da Saúde quanto a da Anvisa são desproporcionais e, por isso, são inconstitucionais por “considerar que eles desproporcionalmente restringem direitos fundamentais da comunidade LGBT, especialmente dos homossexuais masculinos” (p. 40). O ministro Luís Roberto Barroso elenca dois motivos principais: o excesso do período de abstinência de 12 (doze) meses, o que impediria uma vida sexual normal e seria desnecessário para fins da segurança sanitária, e porque a doação seria um ato de benevolência, de modo a

³² Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso: “É o padrão mundial adotado na maior parte dos países do mundo, quando você vai verificar se a restrição a um direito fundamental com base em interesse público é legítima, você verifica o limite dos limites, você verifica se os parâmetros adotados para a restrição daquele direito são proporcionais, numa matéria em que é vedado o excesso. Ou seja, se houver uma possibilidade menos gravosa de restrição a um direito, ela deve preferir à possibilidade mais gravosa. O mandamento da proporcionalidade é o padrão mundial, nos Estados Unidos eles adotam uma especificidade nessas matérias de discriminação que é o que se chama o escrutínio estrito, ou *strict scrutiny*, que é: você precisa demonstrar a imprescindibilidade daquela restrição para que ela possa ser aceita como válida; sobretudo quando a restrição produz um impacto discriminatório.” (p. 39).

não ser crível que uma pessoa dolosamente exponha a outra a risco, de modo que a observância da janela imunológica se apresentaria suficiente para fins de segurança transfusional (p. 40/41).

Por sua vez, a ministra Rosa Weber acompanhou a íntegra do voto do ministro relator e salientou o resultado discriminatório das normas ao elegerem como critério a orientação sexual e não as condutas de risco, especialmente por deixar de considerar a diversidade das práticas sexuais do grupo (p. 28). Na sequência, o ministro Luiz Fux reforçou a importância da delimitação de conduta de risco, fazendo suas as palavras do ministro Edson Fachin, afirmando a violação do princípio da não-discriminação (p. 44). Daí o ministro votou pela ausência de necessidade da restrição por importar em discriminação específica, elegendo um grupo de risco em razão da orientação sexual por pressupor que grande parte dos homossexuais seriam soropositivos (p. 44).

O ministro Ricardo Lewandowski, então, pediu o aparte e teceu algumas considerações sobre a questão da saúde pública (prisma da proteção dos receptores) em contraponto à dignidade humana (possibilidade de doação), ponderando sobre o princípio da não-discriminação e o conflito de interesses igualmente válidos (p. 47). Por isso, retomou o pensamento sobre condutas de risco e a questão da janela imunológica. Diante da discussão que se seguiu, o ministro Edson Fachin reafirmou que ao estabelecer grupos de risco e não condutas de risco, a Portaria é discriminatória (p. 49). Nesse contexto, o ministro Luiz Fux reforçou considerar errôneo o critério adotado, o que gera discriminação injustificada (p. 52).

Por outro lado, o ministro Marco Aurélio Mello demonstrou preocupação quanto a derrubada de ato normativo de uma política que pretende a manutenção da higidez da saúde pública (p. 53). Assim, afirma haver potencialização da exclusão por homossexuais no período de 12 (doze) meses e não haveria igual preocupação com usuários de drogas ou pessoas dedicadas à prostituição (p. 54). Defendeu ser necessário delinear a dualidade entre preconceito e ressentimento, que não pode ser utilizado para derrubar uma política pública (p. 54). O ministro Luiz Fux ressaltou, então, que se trata de uma discriminação ostensiva e que viola os termos da Constitucional por presumir que todo homossexual está infectado por HIV (p. 54).

O ministro Ricardo Lewandowski, então, ponderou sobre a interpretação conforme à constituição proposta pelo ministro Alexandre de Moraes, além de apontar que existem outras situações elencadas como grupo de risco, e que a norma não impor

proibição, mas mera quarentena, de modo que se a pessoa entrou em um grupo de risco ficaria impedida de doar sangue por determinado período (p. 55). Por isso, apontou a possibilidade de substituição do termo “relações homossexuais” por conduta de risco, momento no qual o ministro Marco Aurélio questionou como seria definida a doação de risco (p. 55).

Após breve discussão sobre os critérios da norma, o ministro Alexandre de Moraes cita outros casos que configurariam condutas de risco, como a vítima do estupro (p. 55). Assim, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que no caso a vítima do estupro também estaria sendo discriminada ao ser retirada do rol dos possíveis doadores (p. 56). Após esse momento, a discussão migrou para a natureza exemplificativa ou restritivo do rol dos incisos da Portaria impugnada.

Ao final, a ministra Cármen Lúcia pediu licença para se ausentar do Plenário porque teria havido uma emergência e ela deveria se deslocar ao gabinete, momento no qual os ministros entenderam por bem suspender a sessão. Na sessão plenária seguinte o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do ministro Gilmar Mendes e até o presente momento não houve pedido de reinclusão do processo em pauta para julgamento.

Nesse contexto, percebo a preocupação dos ministros que votaram em propiciar uma análise do caso à luz do princípio da igualdade/não-discriminação, evidenciando um olhar sobre as questões sociais que permeiam o tema em julgamento. Entendo que o caminhar para uma perspectiva social se descola dos conceitos de grupo e práticas de risco e se aproxima do contexto das vulnerabilidades. Isso porque se os riscos são tidos como fatores analíticos isolados, à parte de seus contextos, e que devem ser esmiuçados para serem compreendidos, a concepção de vulnerabilidade pressupõe uma racionalidade sintética que agrega elementos diferentes para compreender a complexidade da interferência de múltiplos fatores (AYRES, CALAZANS, SALLETI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012).

A propósito, a ABRAFH pontou em sua sustentação oral que os direitos à liberdade, à dignidade, não discriminação e da proporcionalidade seriam violados pela Portaria nº 158 e que muito embora se deseje segurança, há um ataque às sexualidades.

Nesse contexto, ao considerar o estigma, as manifestações do sistema perito e as possibilidades políticas de escolhas que atendam a Constituição Federal, percebo que o Tribunal se inclina a manterem altas as condições de complexidade necessárias ao desenvolvimento da democracia, mormente no que toca à diferenciação dos sujeitos que

impulsiona o direito a produzir igualdade e evitar diferenciações tidas como inconstitucionais (DI GIORGI, 1988).

Para Di Giorgi (1988), a democracia é orientação para composição da complexidade produzida pela indeterminação estrutural dos sistemas sociais diferenciados que compõem a sociedade civil. Assim, a democracia se transforma em “uma improvável aquisição evolutiva, continuamente submetida aos riscos inerentes ao tratamento político da complexidade” (p. 56). A democratização do processo político seria resultado da contínua elaboração de complexidade, o que teria tornado o sistema universalístico que deve se auto-inibir, de modo a cada escolha ser resultado de uma seleção e por isso produzir uma outra discriminação e uma nova contingência.

Por isso, ao considerar a produção de complexidade necessária para o desenvolvimento democrático, o caminho trilhado para a declaração de inconstitucionalidade da norma pode reduzir as hipersimplificações dos contextos que são prejudiciais à democracia, especialmente por haver lacunas nas discussões sobre a janela imunológica e a prática de sexo anal entre as populações.

Muito embora os ministros tenham muitas das vezes tratado do princípio da igualdade e se utilizado de marcadores sociais da discriminação, estigma e violência sofridos pela população homossexual, caminho pela sugestão feita por Paco Vidarte (2019) de ser necessária a mutação na política LGBT para a imprevisibilidade absoluta. A ética anal, de outro modo, propõe a irrupção do novo como forma de evitar uma gestão uniformizada e descaracterizante da homossexualidade. Para o autor

Uma política que se furta a reivindicar o que é dado, o existente, o que nos é oferecido, consciente de que só a partir de nós surgem os nossos direitos, de que temos que nos inventar jurídica e socialmente, tirar proveito daquilo que somos em vez de hipoteca-lo tentando ser como não somos, como são os outros, vivendo como a maioria, renunciando à diferença porque apressadamente nos parece pouco adaptativa, quando a diferença é a nossa única vantagem, nosso modo mais próprio de luta por liberdade (VIDARTE, 2019, p. 103).

Para Vidarte (2019), uma política LGBT é possível quando se rompe com a censura da razão homofóbica que se utiliza das formas da razão como instrumento de poder, criando corpos livres e ao invés de libertos, em busca de liberação e emancipação para além de pequenas porções de cidadania. Por isso, é necessário provocar mudanças e um curto-circuito na razão que historiciza, classifica e neutraliza as forças políticas das bichas pelas vias da racionalidade e da democracia. Sobre as tensões entre liberdade e

democracia, o autor salienta que a democracia atua em um jogo de poderes que cria bichas muito orgulhosas e pouco reivindicadoras, despreocupadas em ocupar espaços sociais, o que somente favorece a opressão no jogo de poderes (VIDARTE, 2019).

Desse modo, o autor questiona as formas de pensar que se utilizam da ordem natural e social como ferramenta de controle para criar bichas submissas à lei e à ordem. Contudo, “por experiência, a ordem natural ou histórica, isto é, a ordem do acontecido, é o massacre” (VIDARTE, 2019, p. 145). Ademais, a ordem heterossexista teria monopolizado o significante democracia para manter política repressivas causadoras das desigualdades sociais e dos privilégios das majorias oligárquicas, sexuais e religiosas. Por isso o manto democrático não pode ser usada como refúgio, pois “em quantas democracias se pode viver bem e tranquilo sendo bixa, desfrutando da plenitude de direitos, com a homofobia e transfobia erradicadas?” (p. 123).

Nesse ponto, entendo que a diversidade de identidades inerente à coletividade LGBT se aproxima do princípio constitucional da não-discriminação, objetivando criar corpos equivalentes para fins normativos. Esse também foi a conclusão trazida pelo Grupo Dignidade em sustentação oral, ao elencar as identidades – gays, bissexuais, mulheres trans – que devem ser absorvidas pela norma sem a apreensão do risco real de suas condutas ou da prática de sexo seguro.

Percebo, outrossim, que esse giro de mutação política desejado por Vidarte (2019), dialoga com a sociologia do risco de Beck (2016ab) intenta democratizar propostas de como lidar com o poder e ditar novos caminhos do possível.

Por outro lado, a concepção do terror anal de Preciado (2009) oportuniza repensar as interações aparentemente pacificadoras das instituições que não permitem a movimentação das estruturas enquanto forma de liberar o saber das amarras da heterossexualidade sobre os corpos e as espécies, notadamente com relação ao poder de impor biocódigos de condutas e comportamentos. Percebo, portanto, que debater a analidade dentro do espaço democrático pode contribuir para demonstrar a dominação pela heterossexualidade das lógicas de poder ao definir as externalidades dos riscos a serem suportados pelas bichas. Assim, tenho que não obstante a importância da proteção ao doador, a discussão sobre segurança hemoterápica pode ser repensada também em um outro giro moral, de modo a não silenciar a luta pela vivência livre e não tutelada pela medicina tradicionalista (Diniz, 2001), estritamente baseada no saber-poder que delinea

uma sexualidade estigmatizada no risco de infecção por HIV, independentemente de suas práticas reais.

Dessa forma, a preocupação da Corte Constitucional com a estigmatização das bichas transparece não como uma busca integrativa das nuances da organização social, mas como possibilidade de diálogo sobre como o poder distingue práticas sexuais e nomeia os riscos que delas advém, elevando barreiras científicas, culturais e sociais que carecem serem repensadas (AYRES, CALAZANS, SALLETI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012).

Ao tensionar a democracia por novas compreensões de mundo, o direito entra em conflito com a transitoriedade contingente da sociedade pós-moderna. As internalizações dos anseios da sociedade pelo direito normalmente atuam para conformar os demais sistemas da modernidade, singularizando as relações entre passado e futuro (DI GIORGI, 1988). A chave entre as temporalidades é parte central da sociedade de risco, já que a construção do futuro livre de riscos é a intenção da modernidade projetada para o futuro perene e próspero (BECK, 2016a).

Assim, pensando como a temporalidade é relevante para compreensão dos contextos envolvidos, à luz da sociedade de risco, a decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal certamente tem o desafio político de integrar os sistemas fechados e decidir sobre a distribuição social dos riscos. Isso porque para Beck (2016b), as interpretações conflitantes geradas pela pós-modernidade sobrepõem fenômenos velhos e novos, fragmentando a percepção das alternativas possíveis, o que nubla a percepção da complexidade da realidade social (BECK, 2016a). Resta a decisão política de dizer no presente qual decisão sobre igualdade e não-discriminação a ser tomada diante do estigma do HIV associado às bichas.

Por isso, importante pensar a relevância da decisão política a ser tomada pela Corte Constitucional e o poder que ela tem de ressignificar os espaços de estigmatização e as formas com os estigmas referentes ao HIV interferem na interação das bichas com os serviços de saúde pública. Nesse mesmo aspecto, importante registrar a concepção de vulnerabilidade como uma forma de enriquecer a discussão sobre saúde pública, aperfeiçoando o contexto de preocupações e proposições biomédicas (AYRES, CALAZANS, SALLETI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012).

4.3 A analidade de risco: caminhos para uma ética anal solidária

Esta seção tem a intenção de compreender as práticas sexuais anais entre bichas enquanto forma de expressão da sexualidade livre e exercida em solidariedade, a fim de propor mudança na metáfora da sexualidade propensa à riscos. A intenção é explorar a teoria *queer* para propor novos códigos para uso dos corpos e das mentes das bixitrans sapas, partindo da micropolítica para obter solidariedades e oportunizar novas discussões sobre as vulnerabilidades que afetam a comunidade LGBT, especialmente diante dos serviços de saúde pública.

Para tanto, explorei as concepções de risco que estavam até então ocultos nas decisões políticas, mas que emergiram na discussão constitucional sobre a legalidade da Portaria nº 158. Com a manifestação dos ministros votantes, no sentido de entenderem que a Portaria violaria o princípio da igualdade/não-discriminação, se mostra importante aprofundar a discussão e perguntar por que a solidariedade das bichas está sendo recusada?

Conforme já explanado, a principal pressuposição científica e legal é que toda bicha tem práticas sexuais anais e essas práticas apresentariam risco acrescido para infecção por HIV. Contudo, as normativas não consideram que a prática de sexo anal apresenta risco transfusional em razão da janela imunológica quando praticado sem preservativo, o que independe da orientação sexual. Penso, portanto, haver um deslocamento do conceito. Assim, evidencio a metáfora de uma analidade de risco associada às bichas, em especial à bicha passiva, periférica, racializada, e sujeita à estigmatizações decorrentes de vulnerabilidades que facilitam a infecção por HIV.

Se a intenção nas seções anteriores foi evidenciar que a moralização dos discursos sobre o HIV gera lacuna na discussão sobre segurança hemoterápica, criando possíveis pontos cegos na política pública de hemoderivados e mantendo estruturas estigmatizantes, nessa seção trabalharei para explorar o medo da heterossexualidade machista: a penetração anal, ainda que metafórica.

Como descrito anteriormente, essa percepção da questão surgiu quando compareci ao Supremo Tribunal Federal para acompanhar o julgamento. Foi o voto do ministro Alexandre de Moraes que trouxe luz ao tema e colocou a prática do sexo anal como um fator restritivo à doação de sangue em discussão no plenário da Corte Constitucional. A partir de então, passei a investigar as teorias sobre analidade e como

elas demandavam uma análise dos conflitos morais que estavam em discussão no julgamento da ADI 5543. Assim, explorei como essa concepção de risco aderiu à homossexualidade para criar uma categoria cujas práticas sexuais eram universalizadas na prática de sexo anal e como essa concepção era homofóbica por pressupor um regime de diferenciações que prejudica a expressão da sexualidade livre e não tutelada.

Assim, nesta seção desenvolvo a analidade de risco como metáfora de que o sexo anal só é considerado fator de risco transfusional quando praticado por homens gays, notadamente pelo estigma da bicha afeminada e aidética. Se nas seções anteriores trabalhei a necessidade de observância da janela imunológica para fins de doação de sangue, nesta seção a intenção é explicitar que são as vulnerabilidades o real fator de exposição das bichas ao HIV.

Portanto, parto da concepção sobre o HIV enquanto problema sócio cultural e não apenas como uma situação fisiológica e de vulnerabilidades individuais, o que permite aprofundar a discussão sobre teoria *queer* no que se refere às políticas públicas de saúde. Desse modo, a solidariedade bicha se constitui expressão da diversidade sexual da comunidade LGBT ao se insurgir contra o poder normalizador de seus corpos (Vidarte, 2019) que permite um regime mantenedor da exclusão, da discriminação e de estigmas quanto o HIV, fomentando uma rede de vulnerabilidades.

Ao final, caminharei para apresentar o conceito de vulnerabilidade como uma forma de oportunizar uma resposta social à epidemia de HIV, permitindo um olhar humanizado à susceptibilidade da população HSH. Para tanto, buscarei repensar a manutenção do estigma que atribui sentido ao risco epidemiológico defendido pelo Ministério da Saúde. Por fim, constituirei a analidade das bichas como uma forma de reivindicação do espaço político de discussão sobre seus corpos e práticas, com o intuito de fomentar um saber solidário apto a contribuir com a interlocução a favor da redução de vulnerabilidades.

Assim, importante mencionar que o Despacho nº 129 não menciona expressamente as práticas anais como um fator de risco acrescido para infecção por HIV, somente afirmando que as práticas sexuais dos homens que fazem sexo com homens apresentam risco acrescido de infecção por HIV, o que colocaria em risco a segurança transfusional. Nesse contexto, saliento que embora o documento mencione expressamente que nenhuma restrição pode considerar a orientação sexual como um fator excludente, mantém o discurso imunológico de práticas sexuais de risco acrescido como

justificativa para capturar as bichas e excluí-las dos procedimentos de doação. Pela Portaria nº 158 do Ministério da Saúde, é a própria homossexualidade o codificador dos riscos transfusionais e não a prática do sexo anal, uma vez considerar a totalidade do grupo HSH como inapta a doar sangue.

É por esse motivo que considero o voto do ministro Alexandre de Moraes como liberador de sentidos até então ocultos na discussão no espaço público. Em uma breve síntese, o ministro Alexandre de Moraes ofereceu um voto preocupado com a segurança transfusional e dos envolvidos no processo: doadores, receptores e servidores de saúde. Então, o ministro afirmou que seria um absurdo jurídico considerar a intenção lesiva da norma para discriminar uma orientação sexual, mas que seria necessária uma análise para saber se certas condutas de risco estão mais presentes em determinadas orientações sexuais.

Desse modo, separados os fatos técnicos dos preconceitos, o elemento constitucional incidiria para valorar se a restrição é inconstitucional a partir de uma escolha que a pessoa fez ao ter condutas consideradas de risco acrescido para fins de doação de sangue. Por outro lado, como os demais ministros da Corte Constitucional, entendeu ser necessária a observância da janela imunológica, o que permitiria superar a restrição dos 12 (doze) meses previstos na Portaria. No que toca à prática de sexo anal entre homens que fazem sexo com homens, o ministro Alexandre de Moraes anuncia (p. 26/27):

Um dos mais respeitados infectologistas do Brasil, atualmente Secretário de Saúde do estado de São Paulo, professor Davi Uip, e que eu tive a possibilidade, inclusive, de consultar pessoalmente nesse fim de semana pra analisar melhor o caso, aponta, e mandou... entregou o estudo, aponta no estudo detalhado, e esse é outro fato, aponta em estudo detalhado, aspas, que a relação anal passiva, quando praticada sem preservativo, é a que mais apresenta risco na proporção de uma transmissão a cada 72 ações sexuais. Em seguida vem a relação anal ativa, com uma transmissão a cada 900 ações sexuais. Já a relação pênis-vaginal apresenta risco de uma transmissão a cada 2500 ações sexuais, enquanto que na relação pênis-vagina ativa o índice é a metade disso. E termina este estudo, do professor Davi Uip, na relação pênis-oral, seja ativa ou passiva, o risco é de 0 a 4 transmissões por 10 mil ações. Ou seja, é fato, além do boletim epidemiológico que mostra o aumento do número de AIDS entre os homens, o outro fato é que a relação anal passiva é a que apresenta o maior risco de transmissão, sem – obviamente, salientei e saliento novamente –, quando praticada sem preservativo, apresenta o maior risco de transmissão, a proporção de 1 pra 72, 72 vezes, enquanto, como eu disse, a pênis-vagina, 1 pra 2500. Isso é outro fato a ser analisado junto com esse crescimento, na última década, diminuição de quase 20% dos casos de AIDS nas mulheres e o aumento de 15,9% no caso de homens.

A colocação do ministro reforça o recorte biopolítico dos corpos ao designar significados específicos de performances sexuais e de gênero entre bichas ativas e passivas, colocando a homossexualidade como mais propensa à infecção por HIV e, por isso, designada a ocupar um papel de inadequação, rejeição e vergonha (PARKER, 2002). A partir de uma perspectiva da teoria *queer*, há o que Preciado chamou de estatuto biopolítico privilegiado dos órgãos, uma forma de normalização da sexualidade heterossexual que além de essencializar o pênis e a vagina como órgãos da sexualidade sadia, centraliza o pênis como fonte de prazer e reduz o ânus como mero agente excretor (PRECIADO, 2009 e 2014).

Os índices apresentados pelo ministro Alexandre de Moares apresentam as práticas sexuais anais como duas vezes mais passíveis de infecção do que as práticas entre pênis-vaginas. Ademais, coloca a prática sexual passiva como a mais perigosa para transmissão de infecções sexualmente transmissíveis, associando as estatísticas ao número mais elevado de homens infectados por HIV. Assim, o sentido da construção coloca os HSH como mais propensos à infecção por HIV justamente por praticarem sexo anal, especialmente o sexo anal passivo desprotegido, reforçando a metáfora da bicha estigmatizada, aidética e precária.

É que a performance de gênero funciona diferente com as bichas. O homossexual afeminado e sexualmente passivo sofre o impacto social de ser quem é, aparecendo nos discursos sobre marcadores biológicos e sociais: bicha, viado, passiva. Essa extrema violência simbólica – e as vezes física –, marca os corpos e influencia na constituição cultural dos desejos e das práticas sexuais homossexuais (PARKER, 2002). Sobre o rechaço social, explica Richard Parker que ser bicha é ser um “objeto constante de ridículo e vergonha, que serve para estigmatizar e marginalizar *performances* de gênero desviantes enquanto ao mesmo tempo, reforça padrões normativos de masculinidade e feminilidade” (PARKER, 2002, p. 57).

A colocação do ministro reforça o recorte biopolítico dos corpos ao designar significados específicos de performances sexuais e de gênero entre bichas ativas e passivas, colocando a homossexualidade como mais propensa à infecção por HIV e, por isso, designada a ocupar um papel de inadequação, rejeição e vergonha (Parker, 2002). A partir de uma perspectiva da teoria *queer*, há o que Preciado (2009) chamou de estatuto biopolítico privilegiado dos órgãos, uma forma de normalização da sexualidade heterossexual que além de essencializar o pênis e a vagina como órgãos da sexualidade

sadia (PRECIADO, 2014), centraliza o pênis como fonte de prazer e reduz o ânus como mero agente excretor (PRECIADO, 2009).

Assim, entendo que o recorte sobre os órgãos e as sexualidades atua conjuntamente com os estigmas sobre o HIV para reforçar concepções que retiram o ânus do espaço político ou o colocam em situação abjeta. Nesse contexto, o ministro Alexandre de Moraes coloca a produção científica como dados fáticos que descrevem a realidade do fatos, ao invés de uma parte da realidade apreensível na coleta de dados, e defende que estas estatísticas produzidas comprovariam “ser conduta de risco, com maior risco de transmissão do vírus HIV, a relação anal homens que fazem sexo com homens” (p. 28). Dessa forma, a imagem da bicha aidética, precária, surge como uma fantasia de que o sistema hemoterápico estará sob risco caso declarada inconstitucional a Portaria do Ministério da Saúde. Essa é a imagem da analidade de risco: uma bicha precária.

Entendo que essa narrativa sobre o risco (BECK, 2016a) dialoga com a AIDS enquanto doença metáfora moralizada e que tem corpo e rosto, além de marcar os futuros doentes e impor a obrigação de proteger os não portadores dos corpos adoecidos e repulsivos (SONTAG, 1989). Para a autora, um dos poderes da AIDS como metáfora é universalizar o binário excludente nós-eles ao mesmo tempo em que coloca a doença como um problema de todos, mobilizando o imaginário contra os divergentes, alimentando as fantasias individuais sobre as vulnerabilidades perante o vírus e as sociais ao lidar com o medo. Assim, no imaginário social esses corpos HSH facilitariam não somente o adoecimento de indivíduos pela doação de sangue, mas também de todo o corpo social. Isso porque, na sociedade de risco o valor da segurança se sobrepõe à liberdade, à igualdade e à solidariedade, moldando a distribuição de riscos a partir de estatísticas controláveis, devolvendo à sensação de segurança ao coletivo (BECK, 2016a).

Para Preciado (2018), o controle sobre os corpos não define somente o gênero, mas a diferença “tecnobiopolítica” entre heterossexualidade e homossexualidade. É nesse contexto que a heterossexualidade compulsória surge como tecnologia de reprodução politicamente assistida para descobrir o que há no sexo ou na identidade sexual. Contudo, não haveria o que descobrir porque a tecnobiopolítica não constrói coisas, senão símbolos, órgãos e condições de existência em escala global. No caso, a simbologia que cria uma analidade de risco se apropria das regras de existência das bichas, redefinindo as configurações políticas da homossexualidade.

Desse modo, repensar as formas nas quais as tecnobiopolíticas marcadoras da homossexualidade movimentam os micropoderes pode criar solidariedade em novos códigos e usos dos corpos e das mentes, descaracterizando a figura política da bicha provisória, sem certezas, precarizada nos processos de exclusão. Por isso, o medo heterossexual estaria na perda desse micropoder no giro das estruturas dominantes, como raça, classe, sexualidade. O medo é pelo reflexo na sociedade das lutas conjunturais por compreensão das vulnerabilidades (VIDARTE, 2019).

Ao falar da analidade de risco, penso o ânus como uma metáfora da política que parte do sujeito particularmente bicha para a coletividade, desejando comunicar seus comportamentos e formas de sociabilidade, conforme descrito por Vidarte (2019). É uma ética bicha para resolver ou “colocar em pauta a incomunicabilidade ou a solidariedade de todas essas variáveis estruturais e sociais, de que modo elas afetam o indivíduo” (p. 22) e acessar “uma subjetividade com iniciativa e capacidade política (p. 34).

É para propor algo em comum a todas as bichas, em contraponto com uma metáfora aparentemente obscena, que Vidarte (2019) convida pensar a coletivização do ânus da bicha como instrumento da solidariedade para discutir os papéis sociais que conduzem a uma apreciação moral positiva/negativa de certos comportamentos sexuais. Dialogo, então, com Preciado (2014) para questionar a construção ideal de órgãos que determinam as possibilidades dos desejos, dos prazeres, dos corpos, e essencializam práticas sexuais legítimas e seguras: o bom e o mau sexo, inclusive para fins transfusionais, e a sua relação com modelos de sexualidades. A associação do risco ao ânus da bicha atua como marcador de gênero que reforça os simbolismos da heteronorma pelas dicotomias masculino/feminino, ativo/passivo, risco/segurança, que marcam o ânus como configuração sexual impossível (PRECIADO, 2014).

No que toca aos critérios de segurança e risco envolvidos na doação de sangue, se o essa narrativa significa a prática desprotegida de sexo anal e o período de janela imunológica do doador, a discussão científica sobre a vulnerabilidade do sistema hemoterápico também necessita indagar sobre as “premissas dos estudos e como constroem os argumentos sobre os comportamentos de um grupo/categoria sexual e sua maior ou menor exposição às IST/Aids” (BRIGEITO, MONTEIRO, MORA, 2019, p. 8). Portanto, oportunizo o diálogo entre a teoria queer de Preciado (2018), Vidarte e a sociologia de risco de Beck (2016ab) para integrar novas formas pensar sobre as percepções de risco associadas à sexualidades específicas e como elas podem atuar como

reforço de estigmas que formam lacunas na compreensão real dos riscos implicados nos processos transfusionais. Essa vulnerabilidade é um risco de todos, por isso é significativo pensar os deslocamentos dos dispositivos da sexualidade presentes na moralidade quando se fala sobre direitos sexuais (CARRARA, 2015).

A moralidade pode atuar como codificador dos riscos envolvidos no que toca às práticas anais. Por isso, a política anal como contra-biopolíticas seria uma política de redefinição do corpo, da espécie humana e seus modos tradicionais de (re)produção. Assim, os corpos já não devem ser conformados, eliminados ou disciplinados, mas utilizados como plataforma de negociação política vulnerável, histórica e socialmente construída, cujos limites podem e devem ser constantemente redefinidos. O ânus surge, então, como um orifício coletivo anti-sistêmico a ser socializado (PRECIADO, 2009).

Por isso, há necessidade de se questionar os limites do corpo enquanto um bem biopolítico cambiável e tensionador das esferas de opressão, especialmente quando questiona verdades biológicas para resistir à distribuição assimétrica nas relações de poder e de corpos por gênero e órgãos. Nesse contexto, a equivalência dos corpos – e não a igualdade – seria a forma de evitar a fragmentação de órgãos ou parte deles como significantes sexuais diferenciadas para recortar abstratamente performances sexuais aceitáveis ou seguras (PRECIADO, 2014).

Vidarte (2019) também chama atenção para as discursividades sobre o ânus como forma de dissolução da pressão naturalista e ideológica recondutora do que sai da norma de volta ao padrão majoritário heterossexista, regulador e legislador. Por isso, propõe a analética que urge pelas contingências na diferença. Em essência, a analética propõe politizar os processos diários do eu-bicha, inclusive o sexo, enquanto seres presentes no espaço social e, às vezes, nem éticos nem políticos, para criar novas formas de lidar com o poder e aventar novos horizontes possíveis para além do que foi limitado, medido, fechado e sistematizado. Essa posição dialoga com as contingências propostas pela sociologia crítica do risco ao enxergar nas contingências formas liberadoras dos giros da pós-modernidade (BECK, 2016b).

Se a analidade de risco adere à toda promiscuidade, vulnerabilidade, hierarquia e opressão, a solidariedade e autonomia das bichas como proposta permite seja utilizada essa metáfora para ressignificar esses locais de fala contra a opressão e caminhar para uma autonomia coletiva como um valor moral de sujeitos políticos bichas. É uma

solidariedade contra o “desempoderamento generalizado e desativação política” (VIDARTE, 2019, p. 153).

Paco Vidarte (2019) delinea a solidariedade LGBT não como um ato benevolente capaz de demonstrar a pureza dos corações ou como expressão da autonomia sexual individual. Pelo contrário, a solidariedade LGBT seria forma de lutar contra o poder repressivo e suas expressões de micropoder que categorizam, hierarquizam e vulnerabilizam indivíduos, grupos, raças enquanto zela para que o equilíbrio social não se quebre. Nesse contexto, a solidariedade seria faceta de expressão da ética LGBT que combate todas as múltiplas formas de opressões sistêmicas que incidem sobre os corpos bichas. A intenção é atacar os núcleos de poder não por caridade, mas por responsabilidade no complexo de lutas solidárias que põem em movimento as estruturas de opressão.

A solidariedade enquanto um compromisso social das bichas firma os engajamentos sociais da comunidade LGBT para além de sua própria expressão sexual, resultando em mobilização política para as causas geradoras de exclusão e discriminação sistemática, já que a falta de solidariedade não produz nenhum resultado senão alimentar a repressão geral. Assim, Vidarte (2019) anuncia a solidariedade bixitrans como um valor moral das bichas enquanto sujeitos políticos que caminham em frente para mudar o passado e dizer seus próprios significantes. A “atitude sistêmica desestabilizadora e de conflito” (p. 157) teria função de romper com os significantes neutros que monopolizam a democracia em seu eixo político-institucional discriminatório e sequestra as liberdades ao implementarem políticas repressivas mantenedoras das maiorias classistas, racistas, sexuais e religiosas.

Desse modo, a solidariedade LGBT retoma a posição de poder para enunciar suas práticas sexuais e de expressão cultural e política, oportunizando uma autonomia coletiva voltada não só para denunciar as estruturas opressivas, mas para oportunizar respostas coletivas em todas as frentes contra as repressões sistêmicas contra corpos LGBT (Vidarte, 2019). Ser uma bicha solidária é, portanto, “amar uns e lutar contra outros. A solidariedade não é assumir todas as lutas, mas travar uma só e a mesma luta até o final, porque a solidariedade não é mais que a sinergia dos oprimidos” (p. 157). Por isso:

Dizer *solidariedade* é acabar com os contratos lixo. Dizer *solidariedade* é acabar com a homofobia. Dizer *solidariedade* é combater a xenofobia. Dizer

solidariedade é encurralar os poderosos (...) As palavras são mágicas e estão cheia de poder (p. 158) (itálico no original). (VIDARTE, 2019, p. 158)

Conforme já mencionado, é necessário compreender a epidemia de HIV enquanto uma dinâmica complexa de fatores e agentes que interferem nos processos de saúde/doença da população, especialmente quando as vulnerabilidades das populações-chave afetam não só os indivíduos, mas a própria estratégia global de enfrentamento ao HIV. A propósito, a estratégia global de enfrentamento ao HIV nas populações-chave, incluídos os HSH, consiste basicamente na testagem para o HIV e intervenção das práticas de saúde (OMS, 2014). Desse modo, a OMS propõe que leis, políticas e práticas devem ser revistas quando necessário, especialmente para implementar espaços livres de discriminação e preconceitos, com observância dos direitos humanos, para evitar estigmas e práticas de saúde discriminatórias, além de intervenções para empoderar as populações-chave.

Sobre o modelo global de prevenção baseado na testagem, verifica-se alinhamento aos processos de biomedicalização dos corpos e fluidos aos interesses de multinacionais que atuam na modulação do fenômeno do HIV e das políticas públicas (BRIGEIRO, MONTEIRO, MORA, 2019). A propósito, a cura das doenças se torna negócio, a AIDS vira AZT (azidotimidina), em uma interação entre performance de indivíduos e tecnologias (Preciado, 2009). Este é o complexo contemporâneo no qual o corpo adquire nova expressão na economia globalizada de consumo e produção de fármacos, representações pornográficas e serviço sexual (PRECIADO, 2018).

O que trago de Preciado (2018) sobre a gestão do corpo enquanto insumo não significa a intenção de lucro por parte do Estado. Pelo contrário, por se tornar gratuita e voluntária, a doação de sangue passou a ser mais segura (BRASIL, 2015). No entanto, chamo atenção para o próprio fluxo científico-tecnológico utilizado pelas estruturas da modernidade para produzir o conhecimento técnico que diz a verdade sobre as formas e os resultados dos procedimentos para exclusão de doadores. Assim, percebo a possível utilização dos corpos como plataformas biopolíticas para fornecimento do material hematológico a partir da determinação de um biocódigo sexual e de gênero. Esse biocódigo pode excluir certas vivências por considerar que performance sexual e de gênero de alguns doadores significa, por si só, um risco transfusional acrescido.

Ainda sobre pensamento do autor, em diálogo com a exposição do ministro Alexandre de Moraes, esses corpos bichas estão diante de uma rede de poder

(conhecimento e capital) que determina “onde e como diferentes fluidos, tecidos, órgãos e corpos circulam, criando diferenças juntamente com gênero, raça, deficiência e posições de classe” (PRECIADO, 2018, p. 178). Assim, entendo a contribuição do autor como uma forma de mapear a cartografia deste espaço potencialmente sexopolítico, disciplinador e localizador das próprias instituições na produção de um corpo-insumo. Assim, esse corpo-insumo deve, por si só, se manter hígido, não obstante as demais situações que influenciam nos contextos de vulnerabilidade que implicam em maior risco de infecção por HIV.

Por isso, as bichas reclamam a existência política para questionar a figura da analidade de risco enquanto metáfora da sexualidade precária e adoecida. O empoderamento, para Vidarte (2019) é uma decisão política para romper com o passado e buscar um futuro contingente, ainda que incerto e sem um télos definido. Essa concepção dialoga com as lições de Beck (2016b), no que toca à necessidade de democratização das relações como forma de diluir o risco como ausência de perigo, mas também como uma forma de buscar alternativas possíveis e considerar a potência na diversidade do tecido social, em uma abertura autocrítica da sociedade.

Nessa mesma linha intelectual, Sontag (1989) defende ser relevante pensar a liberdade sexual como forma de empoderar o indivíduo a negociar os limites dos discursos sobre os corpos e a realização pessoal pelo auto-aperfeiçoamento da liberdade desprovida de riscos pressupostos. Desse modo, a vulnerabilidade da bicha está no “cu desprotegido” (VIDARTE, 2019), submetido a práticas de submissão e exclusão, tanto em nível individual quanto por estruturas jurídico-políticas (AYRES, CALAZANS, SALETTI FILHO, FRANÇA JÚNIOR, 2012). Assim:

Andar com a bunda de fora é uma situação estrutural de submissão, opressão, discriminação – que podemos retomar em primeira pessoa e fazer nossa, claro, e usar nosso cu como bem quisermos – mas sem esquecer o que significa para a maioria, para a maioria que nos tem por cu e para a minoria que está com a bunda de fora, sem teto, na carência... (VIDARTE, 2019, p. 35).

Esse entendimento é o contrário do exposto pelo ministro Alexandre de Moraes, na mesma linha do MS e Anvisa, no sentido de que algumas sexualidades são, em uma perspectiva ontológica, mais predispostas à infecção por HIV por escolherem práticas sexuais de risco acrescido. Esta é a situação que entendo como metáfora da analidade de risco, que não percebe as idiosincrasias de ser uma bicha sujeito-político que demanda

no espaço público uma sexualidade livre de estigmas, inclusive em termos médicos e no que toca às formas de vulnerabilidade e estigmatização. Por isso, “o que o poder entende de ser o cu de uma bixa não é o mesmo que uma bixa entende que é o seu cu” (VIDARTE, 2019, p. 34).

Vidarte (2019) navega pelo o que significa a privatização do ânus no espaço público e propõe que eles sejam instrumentos políticos buraco-negros para receber tudo sem nada dar em troca, pois a antinormatividade demanda que sejam retirados os maiores proveitos de todas as situações, de modo a evitar o acúmulo perante as vulnerabilidades sistêmicas. A analética serve, portanto, de metáfora para a uma política a partir da bicha, na qual o cu solidário é característica não de prazer carnal, fruto de uma decisão “que se toma numa *night* com a libido nas alturas, fazendo sexo em um lugar qualquer” (VIDARTE, 2019, p. 35), mas da necessidade de pensar nas externalidades de uma coletividade com iniciativa política e que pensa suas práticas além da metáfora do ânus ou da AIDS.

É na pós-modernidade capitalista que o axioma maior da sociedade de risco se torna a segurança, direcionando a discursividade para abrir mão da solidariedade e da igualdade (BECK, 2016b). No que toca ao princípio da igualdade, entendo possível o diálogo com a teoria *queer* a partir da hierarquização do gênero e das orientações sexuais, na metáfora do ânus perigoso. Essa narrativa alimenta a fantasia da interdição da penetrabilidade do macho heterossexual (PRECIADO, 2009), mesmo que de uma forma metaforizada ou diluída no sangue homossexual. Assim, o doador homossexual absorve as externalidades dos riscos sociais, conduzindo as bichas ao caminho da abstinência, o que violaria o pleno exercício da liberdade sexual. Por outro lado, a recusa da doação de sangue por uma população sadia pode deteriorar o valor simbólico da solidariedade, princípio constitutivo da Política Nacional de Hemoderivados e da Constituição Federal, por se basear em uma experiência sexual virtual de risco do outro.

A busca da segurança enquanto valor máximo faz girar os sistemas da pós-modernidade em torno da dualidade prática risco/segurança, o que configura uma perspectiva de risco fragmentada (BECK, 2016a) e à parte da complexa trama de vulnerabilidades e características mutáveis da epidemia de HIV (PARKER, 2000). Nesse contexto, Parker (2003) salienta que os HSH sempre foram utilizados como forma de estudo e aprofundamento da epidemia de HIV, mas a manutenção da categoria epidemiológica torna invisível as violências sofridas pelas pessoas de sexualidade e

vivência não hegemônicas. No entanto, de nada adianta a proteção legal se os esforços para reduzir a discriminação e opressão não forem levados a cabo.

Há uma fantasia no imaginário reprodutivista da norma sexual de que as práticas homossexuais são inerentemente pênis-ânus e as heterossexuais em pênis-vagina (PRECIADO, 2009), o que virtualiza a experiência do outro enquanto diferente da heterossexualidade padrão, a bicha penetrável, vulnerável, aidética, vivente na sexualidade perigosa. Então, esses discursos propiciam a fantasia da heterossexualidade de práticas limpas e seguras, baseada em relações pênis-vagina e distante da analidade de risco, já que não é uma prática “nativa”.

Importante mencionar que as populações-chave e grupos vulneráveis ainda enfrentam o estigma e discriminação baseados na sua condição de saúde real ou percebida nos serviços de saúde e por isso a OMS (2017) recomenda o fortalecimento dos mecanismos e estruturas para serviços de saúde com zero discriminação, além de promover políticas e programas que promovam a igualdade e a não-discriminação. Por isso, a discriminação nos serviços de saúde deve ser combatida em sua multidimensionalidade, notadamente com relação à normas e práticas que impedem o gozo de um serviço de saúde de boa qualidade e o exercício de direitos.

Portanto, o reforço do ânus heterossexual impenetrável funciona como o outro lado da moeda da bicha precária, reforçando metáforas explicativas do deslocamento do critério para a sexualidade estratificada em uma imagem histórica específica da bicha passiva aidética, o que oculta a janela imunológica como elemento central para preservação da segurança hemoterápica. Sem embargos, a coletivização do ânus na luta política solidária pela não-discriminação pode conduzir à desconstrução de estigmas e possibilitar o diálogo democrático, direcionado para enfrentar as vulnerabilidades das bichas diante a epidemia de HIV.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta dissertação, foram discutidas questões a respeito do risco de infecção por HIV em caso de janela imunológica para fins transfusionais e como esse fator de risco está associado aos termos HSH em documentos oficiais e nos discursos dos ministros quando julgaram a ADI 5543. Também foram tangenciadas questões sobre a disputa em torno dos riscos e como foram construídos para moldar decisões políticas que polarizam as relações sociais na busca por segurança, prejudicando a igualdade e solidariedade ao esconder os sentidos reais dos riscos e camuflar as desigualdades existentes no processo de distribuição. Assim, a distribuição não equitativa dos riscos socialmente construídos demandaria a democratização das relações do poder para enfrentar as desigualdades estruturais.

Desse modo, questionou-se a arquitetura política dos corpos que normatiza e normaliza o gênero, produzindo binarismos que propiciam tratamento jurídicos diferentes às pessoas. Nesse contexto, a normalização retira da discursividade pública de determinados órgãos e práticas sexuais, permitindo a apreciação moral de comportamentos sexuais, controlando os corpos LGBT. Desse modo, a metáfora da bicha passiva e precarizada surge dentro dos valores simbólicos sobre masculinidade/feminilidade, risco/segurança, ativo/passivo. Por isso, foi proposta discussão sobre uma política anal para as bichas, voltada para compreensão diversa e plural da sexualidade LGBT e para a necessidade do reconhecimento da bicha enquanto sujeito de direito no espaço político e democrático. Assim, a ética anal serve como ferramenta de solidariedade por retomar os espaços de fala ao deslocar as tecnologias de saber e os micropoderes, voltando-se para a solidariedade enquanto um valor moral coletivo das bichas.

Essa questão é importante porque desde o surgimento do HIV/AIDS os saberes biomédicos se basearam em estimativas epidemiológicas e estigmatizaram um modelo de adoecimento que adere à sexualidade das bichas. Dessa forma, os conceitos epidemiológicos a despeito de procurar conter o avanço do HIV, criaram um grupo de risco que contempla uma identidade com múltiplas condutas sexuais e complexas negociações e códigos sexuais. Muito embora a terminologia de grupo de risco tenha sido abandonada, o estigma relacionado à população homossexual não se perdeu e adaptou-se às novas formas de enunciação científica.

Dessa forma, é importante caminhar das práticas de risco, focada na prevenção individual, para uma política voltada para as vulnerabilidades individual, social e programática, permitindo a racionalização agregadora de elementos que mantêm a complexidade das dinâmicas sociais, especialmente ao repensar os significados dos processos de saúde-doença ao longo do tempo.

Assim, procedeu-se a análise dos critérios elencados pela Portaria nº 158 como necessários à segurança transfusional, no que toca à necessidade de observância da janela imunológica e do risco de transfusão de sangue no período de viremia aguda assintomática. Nesse contexto, a Portaria não compreende as práticas anais não-protegidas como fator de risco transfusional, permitindo a captura de identidades pela normativa e transferindo a concepção de risco para o campo virtual aberto da experiência das bichas. Esse proceder evidencia uma aproximação com o conceito de grupos de risco ao invés de práticas de risco e desconsidera a importância de eleição objetiva de critérios para seleção de doadores em vez de critérios morais, o que pode colocar em risco a própria segurança hemoterápica.

Nesse contexto, cinco ministros apreciaram a Portaria nº 158 à luz dos princípios constitucionais e entenderam que a restrição contida viola o princípio da igualdade/não-discriminação e o da proporcionalidade. Eles também entenderam ser necessária a observância da janela imunológica em todos os casos, a fim de preservar a segurança transfusional. No entanto, salientou-se ser necessário preservar a diversidade da população homossexual e a multiplicidade de práticas sexuais, evitando-se critérios universalizantes, especialmente no que toca às discussões sobre infecção por HIV e a homossexualidade. Como o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, não foi formada maioria e a normativa continua vigente, sendo possível a alteração dos votos dos ministros até a conclusão do julgamento.

Sob uma perspectiva *queer*, a vinculação do risco às práticas sexuais anais entre bichas reforça o recorte biopolítico dos corpos e de gênero entre bichas ativas e passivas, possibilitando a manutenção de estatuto biopolítico privilegiado de certos órgãos e sexualidades, relegando à homossexualidade a metáfora da analidade de risco: corpos aidéticos e precários, sem espaço discursivo na esfera política. A fantasia da segurança das práticas sexuais entre heterossexuais, por outro lado, ignora a complexidade da epidemia do HIV e pode colocar em risco a segurança transfusional justamente por

reforçar estigmas e manter uma lacuna na discussão sobre narrativas sobre os riscos transfusionais envolvidos no processo de doação de sangue.

Assim, importante registrar a analfidade de risco enquanto uma metáfora crítica, com embasamento na solidariedade ética LGBT enquanto mobilização política para discussão dos valores morais em disputa no espaço democrático. Para tanto, a historicização dos processos de exclusão, inclusive com relação ao HIV, serve para liberar os conflitos sociais necessários para movimentar as estruturas do micropoder e para uma mutação política que considere a diversidade característica da população LGBT. A solidariedade LGBT, portanto, questiona os critérios de doação de sangue para mudar a metáfora da bicha aidética precária, sair do estigma, e firmar novas formas de lidar com o poder.

Por outro lado, escrever sobre a solidariedade LGBT a partir de uma perspectiva crítica também representou um desafio na escrita, já que todo o vocabulário devolve as terminologias a um discurso também precarizante. Ademais, espera-se que a pesquisa contribua para desenvolver as teorias utilizadas ao questionar as narrativas presentes em uma política pública cuja constitucionalidade está em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAS, Abul K. **Imunologia celular e molecular**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

ADRONO, Rubens de Camargo Ferreira, VASCONCELLOS, Marida da Penha Costa, ALVARENGA, Agusuta Thereza de. **In: ROCHA, Aristides Almeida. Saúde Pública: bases conceituais**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2013.

AGGLETON P, Parker R. **Moving Beyond Biomedicalization in the HIV Response: Implications for Community Involvement and Community Leadership Among Men Who Have Sex with Men and Transgender People**. Am J Pub Health 2015; 105(8):1552-1558.

ALVES, Jéssica Luana da Silva; CAMPOS, Jéssica Lisboa. **A INVISIBILIDADE DA SAÚDE DA POPULAÇÃO LGBT**: uma reflexão acerca da homofobia presente nos espaços institucionais de saúde. [s. l.], 2009.

AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; CALAZANS, Gabriela Junqueira; SALETTI FILHO, Haraldo César; FRANCA JUNIOR, Ivan. Risco, **vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde**. In: Tratado de Saúde Coletiva. CAMPOS, Gastão Wagner *et al.* 2ª Ed. São Paulo: Hucitec, 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco Mundial-em busca da segurança perdida**. Edições 70, 2016a.

_____. Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Editora 34, 2016b.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**; trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BOSCO, Estevão. Ulrick Beck. **A teoria da sociedade de risco mundial**. 2011. 181 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <<http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/278753>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL, **LEI Nº 10.205, DE 21 DE MARÇO DE 2001**.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção a Saúde. Departamento de Atenção Especializada e Temática. **Manual de orientações para promoção da doação voluntária de sangue** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção a Saúde. Departamento de Atenção Especializada e Temática. – 1. ed., 1. reimpr. – Brasília: Ministério da Saúde, 2015. p. 17

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Especializada e Temática. **Caderno de informação: sangue e hemoderivados**: dados de 2016. Brasília: Ministério da Saúde, 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das Infecções Sexualmente Transmissíveis, do HIV/Aids e das Hepatites Virais. **Manual Técnico para o Diagnóstico da Infecção pelo HIV em Adultos e Crianças / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em**

Saúde, Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das Infecções Sexualmente Transmissíveis, do HIV/Aids e das Hepatites Virais. – Brasília: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/node/57787>>.. Último acesso: 16/06/2019.

_____. Política Nacional de DST/AIDS: **princípios, diretrizes e estratégias. Coordenação Nacional de DST e AIDS**. 1ª Ed. Brasília: Ministério da Saúde, 1999.

_____, BRASIL. Ministério da Saúde. Centrais de Conteúdo. A história da AIDS, 2018. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/historia-da-aids-1982>. Acesso em: 12 ago 2019.

CARRARA, S. Moralidades, racionalidades e políticas sexuais no Brasil contemporâneo. *Mana*. Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 323-345, ago. 2015.

CLARKE A, Shim J, MAMO L, FOSKET J, FISHMAN J. **Biomedicalization: Technoscientific Transformations of Health, Illness, and US Biomedicine**. *American Sociological Review* 2003; 68:161-194.

CRENSHAW, Kimberlé. **A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero**. VV. AA. Cruzamento: raça e gênero. Brasília: Unifem, p. 7-16, 2004.

COLLINS, Patricia Hill. **Se perdeu na tradução? Feminismo negro, interseccionalidade e política emancipatória**. Parágrafo, v. 5, n. 1, p. 6-17, 2017.

COSTA, D. M. C. **Inaptidão Temporária para Doação de Sangue no Brasil: Medida Sanitária ou Homofobia?** 146 f. Dissertação (Mestrado). Curso de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

DANIEL, Herbert; PARKER, Richard. **Aids a terceira epidemia: ensaios e tentativas**. In: *Aids a terceira epidemia: ensaios e tentativas*. Iglu, 1991.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. SA Fabris Editor, 1998.

DINIZ, Débora. Conflitos morais e bioética. In: **Conflitos morais e bioética**. 2001.

_____, Débora; GUILHEM, Dirce. **O QUE É BIOÉTICA**. 1ª Edição eBook. São Paulo: Editora Brasiliense, 2017.

FLOWERS, P. , RIDDELL, J. , PARK, C. , AHMED, B. , YOUNG, I. , FRANKIS, J. , DAVIS, M. , GILBERT, M. , ESTCOURT, C. , WALLACE, L. and McDaid, L. (2017). **Preparedness for use of the rapid result HIV self-test by gay men and other men who have sex with men (MSM): a mixed methods exploratory study among MSM and those involved in HIV prevention and care**. *HIV Med*, 18: 245-255. doi:[10.1111/hiv.12420](https://doi.org/10.1111/hiv.12420)

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhom albuquerque. Edições Graal. Rio de Janeiro, 1988.

GIDDENS, Anthony; LUHMANN, Niklas. Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo. Anthropos Editorial, 1996.

GRANGEIRO, Alexandre; SILVA, Lindinalva Laurindo da; TEIXEIRA, Paulo Roberto. **Resposta à aids no Brasil: contribuições dos movimentos sociais e da reforma sanitária**. 2009.

KIPPAX S, Stephenson N. **Socialising the Biomedical Turn in HIV Prevention**. London: Anthem Press; 2016.

LEVY, Matthew E. et al. **Understanding structural barriers to accessing HIV testing and prevention services among black men who have sex with men (BMSM) in the United States**. AIDS and Behavior, v. 18, n. 5, p. 972-996, 2014.

LIONÇO, Tatiana. **Que direito à saúde para a população GLBT? Considerando direitos humanos, sexuais e reprodutivos em busca da integralidade e da equidade**. Saúde e sociedade, v. 17, p. 11-21, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Boletim epidemiológico 2017**. Secretaria de Vigilância em Saúde, v. 48, n. 8, 2017.

_____. **Boletim epidemiológico 2018**. Secretaria de Vigilância em Saúde, v. 48, n. 8, 2017.

MONTEIRO, Simone Souza et al. **Desafios do tratamento como prevenção do HIV no Brasil: uma análise a partir da literatura sobre testagem**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 24, p. 1793-1807, 2019.

MORA, Claudia; BRIGEIRO, Mauro; MONTEIRO, Simone. A testagem do HIV entre “HSH”: tecnologias de prevenção, moralidade sexual e autovigilância sorológica. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, e280204, 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312018000200600&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 04 ago. 2019. Epub 13-Ago-2018. <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73312018280204>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção e Tratamento de HIV e outras Infecções Sexualmente Transmissíveis entre Homens que Fazem Sexo com Homens e Pessoas Transexuais: Recomendações para uma abordagem em saúde pública**. 2011.

PARKER, Richard, 1994. **A Construção da Solidariedade**. Rio de Janeiro: ABIA/UERJ/Editora Relume-Dumará.

_____. **Na contramão da AIDS: sexualidade, intervenção, política**. Editora 34, 2000.

_____. **Abaixo do Equador: culturas do desejo, homossexualidade masculina e comunidade gay no Brasil**. Record, 2002.

_____, Richard; AGGLETON, Peter. **HIV and AIDS-related stigma and discrimination: a conceptual framework and implications for action**. Social science & medicine, v. 57, n. 1, p. 13-24, 2003.

PEREIRA, Maurício Gomes. **EPIDEMIOLOGIA: teoria e prática**. Editora Guanabara Koogan. Rio de Janeiro, 2003. 7a Edição.

PERLONGHER, Néstor. **O que é AIDS**. Brasiliense, 1987.

PRECIADO, Paul B. **Manifesto Contrassexual**. Tradução Maria Paula Gurgel Ribeiro. São Paulo: n-1 edições, 2014.

_____, Paul B. **Testo junkie, Sexo, drogas e biopolítica na era farmacopornográfica**. Tradução de Maria Paula Gurgel Ribeiro. São Paulo: n-1 edições, 2018.

_____, Paul B. **Terror anal**. El deseo homosexual, p. 133-170, 2009.

REITZ, Marvin S.; GALLO, Robert C. In: BENNETT, John E.; DOLIN, Raphael; BLASER, Martin J. Mandell, Douglas, and Bennett's **Principles and Practice of Infectious Diseases: 2-Volume Set**. Elsevier Health Sciences, 2014.

SÁEZ, Javier; CARRASCOSA, Sejo. **Pelo cu: políticas anais**. Trad. Rafael Leopoldo. Belo Horizonte, 2016.

SOLHA, Raphaela Karla de Toledo. **Saúde coletiva para iniciantes: políticas e práticas profissionais**. 2ª ed. São Paulo: Érica, 2014

SONTAG, Susan. **AIDS e suas metáforas**. Companhia das Letras, 1989

SZWARCWALD, Celia Landmann et al. A disseminação da epidemia da AIDS no Brasil, no período de 1987-1996: uma análise espacial. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 16, p. S7-S19, 2000.

VIDARTE, Paco. **Ética bixa. Proclamações libertárias para uma militância LGBTQ**, N-1 edições, 2019.

_____, Paco. **Ética marica. Proclamas libertarias para una militancia LGBTQ**, Barcelona-Madrid: Egales, 2007.

WORLD HEALTH ORGANIZATION et al. **Global health sector strategy on HIV/AIDS 2011-2015**. 2011.

_____. **Policy brief: Consolidated guidelines on HIV prevention, diagnosis, treatment and care for key populations**. World Health Organization, 2017.

YOUNG, R. M.; MEYER, I. H. The trouble with “MSM” and “WSW”: erasure of the sexual minority person in public health discourse. *A J Public Health*, v. 95, n. 1.144-1.149, 2005.

7 APÊNDICE

VIDEO 1 – 19.10.2017 - (1:01:32)

Nome: Pleno - Iniciado julgamento de ADI sobre doação de sangue por homossexuais (2/2)

Descrição do vídeo: O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou nesta quinta-feira (19), o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543, ajuizada contra normas do Ministério da Saúde e da Anvisa que proíbem homens homossexuais de doarem sangue pelo período de 12 meses a partir da última relação sexual. O julgamento foi suspenso após o voto do relator, ministro Edson Fachin. Leia mais: <https://goo.gl/G7Mkux> Também foi iniciado o julgamento da ADI 5595, que questiona dispositivos da Emenda Constitucional (EC) 86/2015, a denominada “Emenda do Orçamento Impositivo”. Leia mais: <https://goo.gl/uL8S3S>

De <https://www.youtube.com/watch?v=-3KwYUS_Xms&t=16s>

(00:45)

Ministro Edson Fachin: Senhora presidente, eminentes pares, saúdo as sustentações orais levadas a efeito neste plenário e, Senhora presidente, o voto é um pouco alongado, distribuí à Vossas Excelências, creio que já houvera chegado... e agora às mãos do Ministro Marco Aurélio também.

É... há uma questão inicial, Senhora Presidente, que diz respeito à cognoscibilidade da ação. Eu gostaria de indagar a Vossa Excelência se destacamos esta parte...

Ministra Carmen Lúcia: Acho que sim porque, exatamente, pra que esta matéria já fique superada, talvez com viés...

Ministro Edson Fachin: Na verdade, o que se coloca, e foi a ponderação feita pelo Ministro Alexandre de Moraes ao dialogarmos, é... Trata-se aqui do enfrentamento de uma portaria e de uma resolução colegiada da Anvisa. A questão está em saber se esses atos podem ou não serem enfrentados em sede de ADI.

É, gostaria de, nesse momento, ouvir a ponderação do Ministro Alexandre de Moraes para enfrentarmos juntos esta questão preliminar. Acredito que seja relevante que nós dissequemos este tema inicialmente. Vossas Excelências puderam depreender que eu estou conhecendo da Ação, portanto admitindo a plena cognoscibilidade e como se trata de um Juízo colegiado, em que o diálogo evidentemente é fundamental e levo sempre em

conta esse intercâmbio dialógico, tenho para mim que a lei e o decreto e todos os demais atos normativos que em termos gerais cuidam dessa matéria, ao abrir espaço normativo, Ministro Alexandre e eminentes colegas, ao abrirem espaço normativo para a Portaria e para a decisão colegiada, abrindo um espaço normativo com caráter de abstração a um nível tal que, em meu modo de ver, permitem o enfrentamento em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

É por essas razões estou trazendo essas ponderações a Vossas Excelências e, especialmente, para, se superado este ponto, adentrar no mérito. Meu voto, como Vossas Excelências viram, é um voto um pouco alongado, mais de quatro dezenas de páginas que vou procurar sintetizar, mas nesse aspecto preliminar, portanto, entendo preenchidos todos os requisitos formais que admitem a cognoscibilidade e que propiciam a esse colegiado adentrar à apreciação do mérito.

Ministro Marco Aurélio de Melo: O ato atacado tem autonomia ou está vinculado a lei, a decreto...

Ministro Edson Fachin: Entendo que o ato atacado tem autonomia em grau tal que permite esta cognoscibilidade, eis que preenche esse conteúdo, como disse, de uma abstração tal, de generalidade e, por assim dizer, de impessoabilidade, impessoalidade, ou autonomia que pode, em meu modo de ver, ser impugnado pela via da ação.

Ministro Marco Aurélio de Melo: Talvez seja interessante ouvirmos o voto de Vossa Excelência e aí, no caso de dúvida, suscitar se...

Ministra Carmen Lúcia: É, até porque o artigo 102, inciso I, a, da Constituição, diz que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato Normativo.

Ministro Edson Fachin: E é o caso.

Ministro Marco Aurélio de Melo: Perguntando sobre autonomia...

Ministro Edson Fachin: Aliás a ponderação que fiz e...

Ministra Carmen Lúcia: É exatamente, um ato normativo autônomo, como Vossa Excelência bem lembrou.

Ministro Edson Fachin: E peço escusas de ter trazido à ação o diálogo tido informalmente com colegas da Corte, mas aqui estamos, obviamente, num Juízo colegiado e toda vez que se traz uma proposta é uma proposta de deliberação, então vou acatar a sugestão do Ministro Marco Aurélio e de Vossa Excelência de ir adentro ao voto e depois, eventualmente, voltamos a esse tema.

Ministra Carmen Lúcia: Até porque, não é ministro, considerando que Vossa Excelência conheceu, o encaminhamento do voto de Vossa Excelência será pelo conhecimento.

Ministro Edson Fachin: Perfeitamente. Então estou propondo o conhecimento e à guisa dessa proposição adentro ao mérito com a permissão de Vossas Excelências.

Ministro Alexandre de Moraes: Eu, eu, eu concordo plenamente, só como foi citado meu comentário, eu gostaria de explicitar... só... até coloquei ao Ministro Edson Fachin que aqui eventual resultado seria uma inconstitucionalidade por arrastamento ao contrário, né, da portaria pro decreto e do decreto pra lei. Existe, a Lei, a Lei nº 10.205, de março de 2001, que regulamenta exatamente o artigo 199, §4º, que diz coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação de sangue e componentes, existe a lei que... e a lei é que permite toda essa regulamentação, à guisa desse comentário que foi realizado pelo Ministro Edson Fachin.

Ministro Edson Fachin: Agradeço a Vossa Excelência a contribuição e prossigo, portanto, adentrando...

Ministra Carmen Lúcia: Tem a palavra a Vossa Excelência.

Ministro Edson Fachin: Adentrando ao mérito.

Senhora Presidente, o voto está dividido em alguns segmentos e o primeiro deles é uma contextualização sobre a normatividade constitucional que incide nessa matéria. Nesta parte introdutória assentei aqui que não se me afigura adequado, salutar ou recomendável arrostar a intrincada questão posta nesses autos com olhos cerrados e ouvidos moucos para o aflito apelo que vem da responsabilidade para o outro. O desrespeito à alteridade, quer decorra de orientação sexual ou de manifestação de identidade de gênero, quer venha da negação da sua própria dimensão existencial impede, a rigor, de cada um ser quem de fato é. É impossível, assim, ignorar a violência física e simbólica, como assentei ao adotar nesta ação direta de inconstitucionalidade, o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868.

Sangue e pertencimento, ali assentei e aqui reitero, têm, ao longo da história, penduleado entre os extremos do acolhimento e da exclusão, dos quais se colhem, respectivamente, os exemplos da transsubstanciação ou a doutrina do *Blut und Boden*, sangue e solo, esta última, como se sabe, com raízes no século XIX que buscou oferecer suposta justificativa moral para o que viriam ser atrocidades que foram em seu nome praticadas.

De outra parte, é de conhecimento comum da ciência que o sangue humano é responsável pelo suprimento de oxigênio e nutrientes para as células que compõem o organismo; pela retirada de componentes químicos nocivos; pelas funções imunológicas; pela regulação da temperatura corporal, entre tantas outras funções estudadas pela literatura médica. O sangue que circula nas veias dos seres humanos representa, mais do que uma dimensão física, também a possibilidade de construção e reconstrução diária da existência de cada um e seu palpitar de uma história a ser vivida.

E para além da dimensão individual, no campo simbólico o sangue corresponde à negativa de qualquer possibilidade de arrebatamento da humanidade por quem quer que seja e por que quer que seja. Motivos como raça, cor, gênero, orientação sexual, língua, religião, origem e assim por diante.

O sangue é, a rigor, a metáfora perfeita que nos faz inerentemente humanos. Constitui a prova pulsante do pertencimento a uma mesma espécie, afortunada pelo dom da consciência e reconhecida em sua inerente dignidade e fugaz existência. E é justamente esse pertencimento que vem a ser ressignificado, ao permitir que se exerça o empático e eminentemente altruísta gesto de doar sangue em auxílio a outrem dotado de igual condição humana.

Assim, a exclusão à priori de quaisquer grupos de pessoas da possibilidade de praticar tal ato, a doação de sangue deve ser vista com atenção redobrada, devendo ser dotada de ampla, racional e aprofundada justificativa; ou seja, razões públicas.

Aqui se está nesta ação, portanto, diante de regulamentação que toca a parte essencial do núcleo mais íntimo do que se pode considerar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa República e do Estado Constitucional que ela vivifica.

Não se pode coadunar, portanto, com modo de agir que evidencie um amiudar desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade, ao negar-lhe injustificadamente a possibilidade do exercício dessa empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade e de pertencimento ao gênero humano.

Dessa forma, entendo que o desate da questão posta perante esta corte deve passar, necessariamente, pela análise do conteúdo da dignidade da pessoa humana, do conteúdo dos direitos da personalidade à luz da Constituição, do conteúdo do que, como fundação, subjaz aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade e ainda pela cláusula material de abertura prevista no parágrafo 2º do artigo 5º de nossa Constituição.

Principiando pelo primeiro desses aspectos, trato da ética da alteridade que compreendo subjacente à hermenêutica constitucional. Aqui estou a dizer, a partir da página quatro do voto e, como disse, faço uma síntese, que à luz da narratividade constitucional, do direito constitucional positivo, dos tratados internacionais de direitos humanos e da triste realidade a que se submete a minoria em pauta nesta ação, afigura-se imprescindível o debate, exercitando a alteridade à luz da solidariedade que constitui um dos principais fundamentos de nossa República.

Como apontou o *amicus curiae*, Núcleo Constitucionalismo e Democracia da centenária Universidade Federal do Paraná, abro aspas, a Constituição reconhece o fato de que as pessoas são iguais em seus direitos para estabelecer seus projetos de vida, proibindo que sejam impostas certas condutas que limitam algumas liberdades. Por outro lado, esta liberdade não é exercida no vazio. Há algum tempo que as melhores teorizações constitucionais reconhecem que o desenvolvimento da pessoa como indivíduo pressupõe o outro; em outras palavras, não existe um indivíduo só. A formação da identidade de cada um se constrói relacionando-se com a outra pessoa e vice-versa, fecho aspas.

Neste sentido, destaco as lições do eminente professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz e de Gustavo Hermont Corrêa, que ao tratarem da exigência de um comportamento ético e responsável com o outro, a partir da ética de Emanuel Levinas, afirmam que nós somos aquilo que respondemos ao apelo do outro. Apelo que nos chama a sermos aquilo que respondemos, mesmo quando ignoramos o outro, mesmo quando negamos atender o que se pede, somos sempre essa resposta, pois somos responsáveis por ela; somos, pois, esta responsabilidade.

Digo, à luz dessa lição, que a resposta a ser dada ao presente caso, entendo, deve banhar-se na ética da alteridade, a escutar e responder a esse apelo; resposta a ser construída e refletida sob essa luz. O tratamento aqui dispensado coloca em cheque fundamentos e direitos constitucionais e, por isso, o que está nesta demanda nos pergunta: o estabelecimento, ainda que indireto, de um grupo de risco, a partir da orientação sexual e assunção dessas pessoas, a incluir suas eventuais parceiras, impõe-se a este grupo de risco, a partir da orientação sexual, medidas restritivas ao ato de doar sangue como justificáveis? A esta pergunta me permito dizer, desde logo, entendo que a resposta é negativa.

O estabelecimento de grupos, e não de condutas de risco, incorre, em meu ver, em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida, apenas

em razão da orientação sexual. O resultado que leva este raciocínio é de uma quase proibitiva forma de exercício para que, sem embargo, seja sempre garantida a segurança dos bancos de sangue e de seus eventuais receptores.

Em 1926, portanto há 21 anos atrás, tive oportunidade de escrever que o direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado, em trabalho publicado na Revista dos Tribunais. E assim digo hoje, duas décadas e meia depois, que os dispositivos impugnados, artigo 64, inciso 4, da Portaria 158 do Ministério da Saúde e artigo 25, inciso 30º, alínea *d*, da resolução da diretoria colegiada da Anvisa, partem da concepção de que a exposição há um suposto maior contágio de enfermidade é algo inerente à orientação sexual e igualmente inerente às eventuais parceiras de pessoas que se relacionam sexualmente com pessoas do mesmo sexo, no caso homens que se relacionam com outros homens.

Não pode o direito, em meu modo de ver, com devido respeito a uma sociedade plural, incorrer em interpretação utilitarista, recaindo em um cálculo de custo e benefício, que desdiferencia o direito para as esferas da política e da economia. Não cabe, pois, valer-se da violação de direitos fundamentais de grupos minoritários para maximizar outros interesses, mesmo que de uma maioria, valendo-se, para tanto, de preconceito e discriminação.

Perceba-se que, em meu modo de ver, para além de arrematar desse outro a sua humanidade, ao atribuir-lhe, a partir de sua sexualidade, a pecha de desviante, gera-se a externalidade negativa de se considerar que aquilo que erroneamente se reputa como sexualidade normal seria inalcançável pelas enfermidades transmissíveis pelo sangue, propagando, assim, não apenas preconceito, mas as próprias doenças cuja transmissão se almeja evitar.

Este ponto foi bem percebido, em meu modo de ver, e apreendido pelo amici curiae Associação Brasileira das Famílias Homoafetivas, nos termos que reproduzo em meu voto, dizendo que uma extensa produção acadêmica e científica documenta o início da produção cultural sobre o HIV como uma doença do outro, consagrando a ideia de que a infecção ligava-se a identidades localizadas fora do *mainstream*, afastadas da heterossexualidade adequada.

Digo, então, que esta responsabilidade, no caso em tela, nos convida a uma construção do direito posto para tornar a justiça possível. Nos convida incutir na interpretação do direito, um compromisso com o tratamento igual e digno a todas as

peças que desejam exercer a alteridade e doar, com todos os exames e precauções necessárias e aplicáveis a todas as pessoas desejam doar sangue. Somos, pois, responsáveis pela resposta que apresentamos a este apelo e cito aqui, senhora Presidente, as lições da professora Katya Kozicki, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, sobre interpretação do direito e responsabilidade judicial.

E é por isso que, feita esta citação, o voto que segue é, como escreveu Dworkin, do que tomo emprestado, no seu texto “Uma questão de princípio”, um capítulo do romance em cadeia da narrativa constitucional, ou como escreveu Carlos Santiago Lino, mais uma coluna da catedral constitucionalizada em permanente reconstrução.

Em outras palavras, trata-se de não desconsiderar a norma posta e, a partir dela, em atividade interpretativa, permear o direito posto com justiça, robustecendo o que se entende por dignidade e igualdade. É, assim, a emancipatória dogmática constitucional, como escreveu por todos, o professor Clèmerson Merlin Clève.

No segundo ponto, senhora Presidente, trato do aprofundamento acerca da dignidade da pessoa humana como o norte normativo aqui presente e digo que, desde 5 de outubro de 88, a 34 deixou de ser apenas documento político organizador do Estado, em que competências são meramente repartidas e freios estabelecidos, passando a Constituição a ser verdadeiro projeto nacional de construção nacional, mediante uma fórmula não apenas do Estado de Direito, mas do Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, bem como no pluralismo político e nos valores do trabalho e da livre iniciativa.

Este Estado Democrático se vê dotado de princípios e objetivos estampados nos artigos 3º e 4º da Constituição, que é texto fundamental no qual também se prevê um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, topograficamente concentrados nos artigos 5º a 17, redefinindo, com limites e possibilidades, a organização e a separação dos poderes como um todo e a relação das pessoas entre si e com o Estado.

Por isso, a partir de 88, a questão central, parece-me, deixa de ser quando nos perguntávamos o que é uma Constituição e passa a ser: o que a Constituição constitui? E a Constituição de 88, não mais, portanto, como mero documento organizador do poder do Estado, se apresenta como compromisso fundamental de uma comunidade de pessoas que se reconhece reciprocamente como livres e iguais, nas palavras do professor Mennelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti.

Trata-se, portanto, de um compromisso fundamental da comunidade em sua plena potencialidade. E a gramática jurídico-constitucional, portanto essa dimensão normativa, também quando editada pelo poder executivo, deve ser permeado pelos ditames da Constituição... permeada pelos ditames da Constituição especialmente nas relações entre cidadãos reguladas pelo poder público, para que não se asfixie o conjunto de princípios e normas de índole constitucional. As normas impugnadas, como já mencionei, consideram inaptos temporariamente, por um período de 12 meses, os indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes.

Como, entendo, bem posto pela parte requerente, apesar de não mais se verificar norma de proibição perpétua, ao se exigir, mesmo assim, lapso temporal de 12 meses, como acabo de me referir, esta condição pode se revelar como negação de qualquer possibilidade do exercício desse ato maior de alteridade para todos que exerçam a sua liberdade e também em igualdade de condições. Esta restrição que deriva desta normativa consiste, praticamente, em quase vedação, de forma a violar uma forma de ser e de existir, viola subjetivamente a todas e cada uma destas pessoas e também viola o fundamento próprio de nossa comunidade no respeito à diversidade que é a própria dignidade da pessoa humana.

Entendo, também, que a dignidade não pode ser invocada como forma de mera retórica, como um grande guarda-chuva discursivo, acolhedor de qualquer argumento em razão da sua amplitude ou comprimento. É preciso ser exato: a dignidade da pessoa humana não é uma vagueza, abarcadora de argumentos e posições de todo e qualquer sentido. Ao contrário e por refutação a isto, é preciso dar sentido e concretude a este princípio inerente a todas as pessoas que são sujeitos fundantes de nosso Estado e de nossa sociedade.

Assim, quando conclamado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, mais que fonte e fundamento de outros direitos, como o direito à igualdade, pode ter seu conteúdo nitidamente violado e, por isso, entendo passível de análise e aplicação ao caso em exame.

Este elemento da dignidade está, em meu modo de ver, ínsito como constitutivo do próprio sujeito, é o reconhecimento de seu valor moral idêntico ao valor moral das demais pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana busca, assim, proteger, de forma integral, o sujeito, na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. É,

portanto, uma imposição que, em meu modo de ver, se mostra imperativa no presente, mas também como vetor interpretativo mirando o futuro e sua aplicação não pode inibir ou ofuscar aplicação direta de outros direitos fundamentais que dele derivam.

E aqui, senhora presidente, tomo como premissa os fundamentos seminais que foram lançados na vida acadêmica, mesmo de antes do ingresso neste Tribunal, do Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, e cito, é... para compartilhar da profunda compreensão de Sua Excelência, o texto “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz de uma jurisprudência mundial”, como também da obra e das reflexões do professor Daniel Sarmento “Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia”.

Nesse quadrante comum de compreensões, adoto como conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana o valor intrínseco da pessoa, da pessoa como um fim em si mesmo e nunca como instrumento ou objeto. A autonomia pública, coletiva por definição, e a privada, individual também por definição dos sujeitos, o mínimo existencial para a garantia das condições materiais para uma vida digna e, ainda, o reconhecimento individual e coletivo das pessoas nas instituições, nas práticas sociais e nas relações intersubjetivas, nas lições do professor que acabo de citar, professor Daniel Sarmento.

Entendo, por isso, que as normas ora impugnadas afrontam sobremaneira a autonomia, o reconhecimento daqueles que querem doar sangue e encontram-se, não por outra razão justificável do ponto de vista da medicina da saúde, mas encontram-se pela razão da orientação sexual limitados pelas previsões normativas ora impugnadas.

O plexo normativo da Portaria e da Resolução ora questionadas afronta, em meu modo de ver, a autonomia daqueles que impedem fazer a doação de sangue, pois restringe as formas dessas pessoas de serem como são e existirem autonomamente. Exigir que somente possam doar sangue após o lapso temporal de 12 meses é impor, também, que, praticamente, caso queiram fazê-lo à luz dessa normativa, se abstenham de exercer a sua própria liberdade. A precaução e a segurança, que são, sem dúvida alguma, parâmetros inseparáveis para a doação de sangue podem, a precaução e a segurança podem e devem ser asseguradas, mas não apenas em relação à orientação sexual, de tal maneira que não comprometam a autonomia de ser e existir destas pessoas e de todas as pessoas.

A extinção da restrição prevista, do ponto de vista de ser extirpada do ordenamento jurídico, entendo, não gera prejuízo ou dano à coletividade, até porque a todos, independentemente da sua orientação sexual, hão de ser aplicadas exigências e

condicionantes a todos os candidatos a doadores de sangue, como disse e repito, independentemente do gênero ou orientação sexual. As normas reguladoras da doação de sangue devem estabelecer... podem e devem estabelecer exigências e condicionantes baseadas não na forma de ser e existir das pessoas, mas sim nas denominadas e, seguramente, justificáveis condutas de risco.

E por isso cito também trecho de contribuição que o *amicus curiae* “Instituto Brasileiro de Direito e Família” trouxe aos autos e reproduzo em meu voto. Também cito doutrina sobre o reconhecimento das pessoas como sujeitos que devem ser respeitados e valorizados da maneira como são e não pelo gênero ou pela orientação das pessoas com as quais se relacionam.

Volto a citar doutrina balizada sobre o tema para indicar que, em meu modo de ver, a Portaria do Ministério da Saúde e a Resolução da Anvisa aqui impugnadas consistem em normas estatais, portanto derivam de uma prática estatal que, a despeito de buscar - e de maneira legítima - esse intento, proteger receptores de sangue, acabam, pelo seu instrumento e modo, por desrespeitar a identidade mesma de um grupo de cidadãos e potenciais doadores de sangue e assim o fazem com base na orientação sexual das pessoas com que eles se relacionam e não com fundamento em possíveis condutas arriscadas praticadas.

Ou seja, entendo que tais normas limitam sobremaneira a doação de sangue de um grupo específico de pessoas pelo fato de serem como são, de pertencerem a uma minoria e não por atuarem de maneira arriscada.

Há, em meu modo de ver, um tratamento desigual, desrespeitoso, e um verdadeiro desconhecimento ao invés de com respeito à diversidade, para que cada um, à luz da Constituição, possa ser aquilo que é, desse reconhecimento de todos os sujeitos e as pessoas.

Entendo que não se podem negar de quem deseja ser como é de também ser solidário, de também participar da sua comunidade política. Não se pode deixar de se reconhecer a todos e a cada um, independentemente de ser como cada um é, de ser membro e partícipe de sua própria comunidade.

Entendo, como assento aqui no meu voto, que é preciso reconhecer a cada um e a todas as pessoas igual tratamento moral, jurídico, normativo e social.

Na terceira parte do voto, senhora presidente, procuro aqui dar o fundamento desta matéria à luz dos direitos da personalidade e, portanto, de uma recompreensão das reações

inter-privadas matizadas pela Constituição da República. Cito diversos elementos, que aqui, é... deixo de reproduzir e que constam integralmente desta proposta de voto, dizendo que compreendo os direitos de personalidade; não o fundamento abstrato de personalidade jurídica, mas sim a personalidade como um dado inerente ao sujeito em concreto.

E ao se enfrentar esta questão, portanto, à luz desta dimensão constitucionalizada dos direitos de personalidade o que se vê é o que, para cada um, se apresenta como um construto diário, em que, mediante grandes ou pequenos gestos, a pessoa exerce sua inerente humanidade e a afirma, evidenciando com maior nitidez como manifestação da sua personalidade, que é o ato de doar sangue, a vedação de qualquer forma de aniquilamento de outra faceta da personalidade, que é inerente a cada um e a todos, o exercício da própria liberdade.

Há, portanto, nessa normativa, situada nesse quadrante, em meu modo de ver, violação a esse elemento da personalidade e ao exercício da liberdade, nomeadamente o da liberdade de índole sexual. Por isso, a moldura normativa, em meu modo de ver, impõe um tratamento não-igualitário, injustificado e, portanto, entendo que inconstitucional.

Cito doutrina a propósito desta matéria, cito também a manifestação do *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Civil, que veio aos autos com bastante angústia e sensibilidade, trouxe sua contribuição para arrematar este ponto dizendo que, em uma leitura dos direitos da personalidade matizada por isto que denominei de constitucionalização prospectiva, não só possível mas imperiosa, para resguardar direitos e não socavá-los.

Em quarto lugar trato, senhora presidente, do direito fundamental à igualdade independentemente do gênero ou da orientação sexual e aqui também faço uma síntese dizendo que o foco que entendo fundamental para manter a obediência a esse princípio de índole normativa da igualdade deve ser a conduta possivelmente arriscada e não o gênero da pessoa com a qual os demais se relacionam. E, portanto, entendo que a restrição pode e deva se dar em razão das condutas de risco e não em face do gênero, que não pode importar mais do que a conduta em si.

Entendo que a conduta que deve definir, mediante os exames próprios, a inaptidão para a doação de sangue e não a orientação sexual ou gênero da pessoa com qual se pratica eventual conduta no plano da liberdade sexual.

Portanto, caso assim não se proceda, compreendo que se está a aviltar indevidamente o gesto livre e solidário da doação de sangue e, por isso, cito da obra do professor Miguel Gualano de Godoy “Constitucionalismo e Democracia” os desdobramentos sobre o direito fundamental à igualdade, que significa que todas as pessoas, em igualdade de condições, possuem a mesma dignidade. Isso significa também dizer que todos tenham o mesmo valor moral e devem, assim, as pessoas serem consideradas iguais em suas capacidades mais elementares.

Disse o professor que acabo de citar: “há que se ressaltar que a igualdade, em especial a igualdade substancial, somente se concretiza quando liberdades moralmente importantes, a exemplo da liberdade de expressão, de convicção, de orientação sexual, entre outras, forem constitucionalmente garantidas, protegidas e efetivadas”.

Por isto, assim será possível não apenas teorizar, mas vivificar o que a Constituição brasileira, há quase 30 anos, dispôs em seu artigo 3º, inciso I, uma sociedade livre e solidária. Haverá liberdade e igualdade se as políticas públicas de feição normativo para a doação de sangue deixarem de lado restrições baseadas na orientação sexual e no gênero dos candidatos a doadores e passarem a estabelecer limitações e condicionantes que digam respeito às condutas, às práticas, aos comportamentos daqueles que querem doar, objetivamente considerados.

Somente assim se estará a respeitar uma forte noção de igualdade, conferindo valor idêntico a todos e também igual consideração e respeito. O direito fundamental à igualdade, assim densificado, deve afastar desigualdades que imponham prejuízo às pessoas e sejam alheios à sua responsabilidade, escreveu o professor Miguel Gualano de Godoy a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. Essas desigualdades, aduziu, devem ser combatidas e rechaçadas porque não somente alteram uma relação que deveria ser entre iguais, mas, sobretudo, porque limitam a liberdade e a autonomia do sujeito.

Entendo que essa desigualdade injustificada está presente, inclusive a partir das informações que, nos autos, foram prestadas pelo Ministério da Saúde. Conforme se verifica nos autos, a Normativa do Ministério da Saúde estabelece outras situações que levam à inaptidão do candidato a doador de sangue. Todas essas outras situações, que agora examino, ainda que apenas *quantum sax*, todas essas outras situações elencadas na Portaria 158 dizem respeito a condutas praticadas pela pessoa doadora ou condutas às quais ela foi submetida. Em nenhuma delas a inaptidão temporária para doação se dá em

razão da orientação sexual ou do gênero daquele com quem a pessoa doadora se relacionou ou em razão da orientação sexual da pessoa doadora.

Por isso entendo que orientação sexual não contamina ninguém; o preconceito sim. Por isso, nessa direção, cito trecho das lições da professora Débora Diniz, para quem a pergunta central para a saúde pública e para a segurança do sangue é se o doador é alguém com cuidados de saúde nas práticas sexuais. E é desimportante saber como se identifica no campo sexual ou quais são as suas preferências de prazer, escreveu a professora Débora Diniz.

A Procuradoria Geral da República, também nesta direção, indicou que a pergunta para proteger os pacientes adoecidos à espera de sangue é mais simples e pontuou a sua reflexão, que reproduzo a partir da página 18 da informação do Ministério Público Federal. Reproduzo trechos do parecer, portanto, da Procuradoria Geral da República, assentado, fundamentalmente, o parecer na doutrina de Daniel Borrillo, sobre homofobia, história e crítica de um preconceito, bem como na obra do professor que já mencionei, ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Clèmerson Clève.

Indico outros fundamentos na análise que aqui faço, cito também trechos de *amici curiae* que reproduzi nos autos como contribuição relevante, senhora Presidente, bem como a obra de Juliana Cesário Alvim Gomes sobre o tema e digo que entendo imperioso modificar o critério de restrição fundado em grupo de risco, que se baseia no gênero e na orientação sexual, para condutas de risco, baseada em práticas e ações de cunho arriscado para a segurança do sangue.

No presente caso, agir com segurança e precaução em relação à doação de sangue, em relação aos interesses legítimos de receptores e também de doadores é estabelecer políticas públicas que não leve em conta o gênero com o qual a pessoa doadora se relacionou ou sua orientação sexual e sim, objetivamente, condutas, comportamentos, práticas e ações das pessoas candidatas a doadoras.

Em quinto lugar, senhora Presidente e eminentes ministros, eu trato neste voto – e vou procurar também sumariar – do que entendo ser um impacto desproporcional pela restrição prevista nesta normativa; ou seja, no inciso IV do artigo 64 da Portaria 158 e do inciso XXX, alínea d, do artigo 25 da Resolução Colegiada número 34 de 2014 da Anvisa.

Ressalto que, no presente caso, a política pública restritiva normativamente prevista pela Portaria que se tem e pela Resolução mencionada da Anvisa, apesar das

informações prestadas pelo Ministério da Saúde, causam uma limitação desproporcional, ainda que desintencional – friso isto – ainda que eventualmente desintencional, é o que se chama de impacto desproporcional de restrição.

Nesse sentido, há que se diferenciar a discriminação direta, aquela munida de expresse ou flagrante intuito discriminatório, da discriminação indireta, aquela que desprovida dessa intencionalidade produz, mesmo sem intencionalidade, impactos desproporcionais a determinadas pessoas ou grupos sociais.

Aqui, ainda que não seja a primeira hipótese, parece-me ser a segunda e, portanto, neste ponto do voto, analiso o que, em meu modo de ver, se robustece a partir do que, na teoria, emergida nos Estados Unidos, denominou-se de teoria do impacto desproporcional, especialmente em relação às políticas raciais segregacionistas. Este ponto está muito bem delineado na obra do eminente Ministro Joaquim Barbosa “Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade”. Falando, portanto, a propósito do impacto desproporcional, entendeu Sua Excelência que toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser, mesmo assim, condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material, se em consequência da sua aplicação resultar efeitos nocivos da sua incidência manifestamente desproporcional sobre certas categorias de indivíduos.

E aqui cito caso, que está mencionado na obra de Marcelo Camargo Novellino e inserido em estudo da lavra do professor Daniel Sarmento, que é o *leading case* ‘*Griggs v. Duke Power Company*’ que foi examinado, precisamente, pela Suprema Corte dos Estados Unidos em relação aos chamados “testes de inteligência” e lá se assentou que as práticas, procedimentos ou testes facialmente neutros não podem ser mantidos se eles operam no sentido de congelar o *status quo* de práticas empregatícias discriminatórias no passado.

Também cito o caso 170, julgado em 1984 pela Corte Europeia de Justiça, no caso conhecido como Bilka-Kaufhaus Vs. Von Hartz em que a Corte europeia entendeu que ao estipular-se um sistema de pensão privado, cujo benefício fosse excludente a trabalhadoras em regime de tempo parcial, se incorria em discriminação indireta em relação às mulheres.

E aqui neste Supremo Tribunal Federal essa matéria já compareceu e foi acolhida esta teoria do impacto desproporcional na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424,

quando restou apreciado o caráter da ação penal pública no caso de violência doméstica ou intrafamiliar contra mulheres. Esta Corte considerou que o desrespeito ao princípio da igualdade, mencionando a teoria do impacto desproporcional, pode condicionar, portanto... Se condicionar, melhor dizendo, a representação à punição do crime de lesão corporal no ambiente doméstico gera efeitos desproporcionalmente nocivos para as mulheres.

E aqui explico este julgamento que também foi compartilhado em sede doutrinária em diversos estudos que menciono e igualmente acolhido no parecer que já citei da Procuradoria Geral da República.

Portanto entendo, senhora Presidente, que também sob estes aspectos, as normas não se sustentam.

Neste quinto e último ponto, em *obiter dictum*, apenas faço isso de passagem porque esta não é a matéria de fundo, eu estou suscitando, apenas para assentar, caso em algum momento o Tribunal volte a reexaminar este tema, que também entendo pelo caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e a ofensa que essas normativas produzem em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, ao Pacto de Direitos Civis e Políticos e à Convenção Interamericana de Todas as Formas de Discriminação e Intolerância bem como os denominados princípios de Yogyakarta.

Faço, nas páginas seguintes, a partir das lições do professor de Yale, Jack Balkin, naquilo que denomina de uma releitura de redenção da Constituição, ou seja, da busca e fixação do seu sentido originário, um exame deste aspecto a partir da cláusula de abertura do parágrafo segundo do artigo 5º. Sei da posição majoritária que há nesta corte. Cito aqui o desafio que, à época do julgamento do Recurso Ordinário 349703, assentou o nosso decano para a compreensão do quadro normativo dessas declarações internacionais de direito que são internalizadas no Brasil.

Portanto examino essa matéria para dizer, ainda que em *obiter dictum*, que eu entendo que o Estado brasileiro a esses documentos internacionais está vinculado e comprometido a respeitá-los na interpretação e aplicação das normas nomeadamente a partir do papel desse Supremo Tribunal Federal e a partir da incorporação desses tratados e convenções internacionais.

E é por isso que, se adotada esta premissa em momento outro, que aqui apenas cito de passagem, também poderia se agregar que no caso em análise os argumentos

seriam robustecidos, no plano do Direito em relação aos direitos humanos, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos e pela Convenção Interamericana Contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância.

Eu cito no voto todos os dispositivos específicos de cada um desses instrumentos que estão situados na seara do direito internacional dos direitos humanos. O artigo 1º capítulo 1º da parte um deste elemento inicial que trato inserido na Convenção Americana de Direitos Humanos; no artigo 2º, inciso I, item 26 do pacto internacional a que me referi; também dos itens específicos da pela Convenção Interamericana de Todas as Formas de Discriminação e Intolerância – que, aliás, o Brasil foi um de seus primeiros signatários – cito o princípio número dois da introdução aos princípios e hoje à Carta, especialmente esse que versa sobre igualdade e não-discriminação, para, nesse ponto especificamente, concluir que também aqui há uma vedação à discriminação, direta ou indireta, que venha manifestada, quer como direito positivado – e é o caso que temos, eu entendo que essa normativa, como espécie de *hard law*, positivou uma discriminação, ainda que indireta – quer como guia. E, portanto, ainda que possuam na sua dimensão de discriminação indireta consequências desproporcionais.

E é por isso que entendo que esses pactos internacionais, sejam eles também juridicamente vinculantes, como sustento, sejam guias, como princípios de Yogyakarta, possuem, quando menos, um caráter orientativo para os países que podem e, no meu modo de ver, devem lhe imprimir eficácia.

Senhora Presidente, com essas considerações – e já me alonguei no voto, mas a matéria é efetivamente relevante para o desate nesta corte – eu concluo pedindo escusas pela síntese que procurei fazer deste voto que proponho ao colegiado, assentando que as normas do Ministério da Saúde e da Anvisa estabelecem, em meu modo de ver, uma discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno quando do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos.

Compreendo que essas normativas, ainda que não intencionalmente, resultam por ofender a dignidade da pessoa humana na sua dimensão de autonomia e reconhecimento, porque impede que pessoas por ela abrangidas sejam como são.

Também entendo que estas normas vituperam direitos da personalidade insculpidos na luminosidade normativa da Constituição. Aviltam, ainda que de forma desintencional, o direito fundamental à igualdade e afastam a República Federativa do Brasil de ser como, de fato, há de ser livre e solidária, promovendo o bem estar de todos,

sem preconceito de orientação sexual, de gênero ou de qualquer outra forma de discriminação.

Por essas razões, senhora Presidente, dou procedência integral à presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para, conhecendo, portanto, dar procedência a fim de declarar inconstitucionais os dispositivos impugnados.

É como voto.

Ministra Cármen Lúcia: Agradeço a Vossa Excelência pelo brilhantíssimo voto que acabamos de ouvir e eu proporia aos senhores Ministros que em razão da hora...

Ministro Marco Aurélio de Melo: Da hora e do quórum.

Ministra Cármen Lúcia: Da hora e do quórum (risada), estamos em sete... suspendêssomos o julgamento ao encerrar esta sessão...

Fim 57:48

VIDEO 2 - 25.10.2017 (1:20:19)

Nome: Pleno - Suspenso julgamento de ação contra restrição a homossexuais na doação de sangue (1/2)

Descrição do vídeo: O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu, nesta quarta-feira (25), o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) para questionar normas do Ministério da Saúde e da Anvisa que restringem a doação de sangue por homens homossexuais. Até o momento, votaram o relator, ministro Edson Fachin, que julgou as normas inconstitucionais, por considerar que impõem tratamento não igualitário injustificável, acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux. O ministro Alexandre de Moraes abriu divergência ao votar pela procedência parcial da ação.

De <<https://www.youtube.com/watch?v=lz5Khv3GyS4>>

(2:17)

Ministra Cármen Lúcia: Aprego a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, procedente do Distrito Federal e relatada pelo Ministro Edson Fachin, sendo dela autora o Partido Socialista Brasileiro – PSB, diversos *amici curiae*. Na sessão da última quinta-feira, após o voto do Ministro Edson Fachin julgando procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, o julgamento foi suspenso. Tem a palavra, portanto, agora o Sr. Ministro Alexandre de Moraes para voto.

Ministro Alexandre de Moraes: Boa tarde a todos, boa tarde Presidente, Ministra Rosa, Ministros, Dra. Raquel, os advogados presentes...

Presidente, eu vou fazer um rápido resumo, um relatório em virtude de ter ficado da semana anterior, como Vossa Excelência disse, trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, na qual questiona a constitucionalidade do inciso 4º do artigo 64 da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea *d* do inciso XXX do artigo 25 da Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.

Que prescrevem, e aí esse é o objeto principal da ação, que prescrevem a inaptidão temporária para os indivíduos do sexo masculino que tiverem relações sexuais com outros indivíduos do sexo masculino para realizarem doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes a tal prática.

Em resumo, na verdade, coloca um prazo de doze meses para indivíduos do sexo masculino que tenham relações com outros indivíduos do sexo masculino, não poderiam

doar durante esses doze meses, um lapso temporal. A Anvisa, é... ouvida tanto a Anvisa quanto o Ministério da Saúde informaram que os dispositivos questionados não possuem nenhum conteúdo discriminatório, até porque regulamentam toda a questão da política nacional de coleta e transfusão de sangue, esse é um dos dispositivos, dizendo, inclusive, o Ministério da Saúde, que ambos os dispositivos, o art. 64 inciso 4º da Portaria 158 e o art. 25, XXX, *d* da ANVISA, encontram-se, diz aqui entre aspas, encontram-se calcada nas melhores literaturas, dados epistemológicos, normativos, experiências nacionais e internacionais acerca do tema.

Como Vossa Excelência disse, foram admitidos diversos *amici curiae*, a Advocacia Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido. O Procurador Geral da República apresentou parecer pelo deferimento, primeiro da medida cautelar, sustentando, depois, a inconstitucionalidade das normas impugnadas. É o relatório, Sra. Presidente.

Eu quero, inicialmente... faço questão de destacar o brilhantismo do voto de Sua Excelência, o Ministro Edson Fachin, que após, e fez em vários capítulos, que após salientar a dignidade da pessoa humana como fundamento a um presente obrigatório e sempre um norte futuro, disse Sua Excelência, e realizar detalhada análise dos direitos da personalidade à luz da dignidade da pessoa humana e da Constituição da República, em face do direito civil matizado pela constitucionalização prospectiva, reiterou Sua Excelência, o que várias vezes foi proclamado, já por esta Corte, em relação ao direito fundamental da igualdade, independentemente do gênero ou da orientação sexual. E votou, como Vossa Excelência disse, pela procedência da presente ação, declarando a inconstitucionalidade de ambos os dispositivos, com base nos artigos 1º, inciso 3º, princípio da dignidade da pessoa humana; artigo 3º, I, construção da sociedade livre e solidária; inciso III, 4, promoção do bem de todos, sem preconceito de sexo e quaisquer outras formas de discriminação e; o artigo 5º, *caput*, princípio da igualdade.

Também, é... gostaria aqui de iniciar com o que Sua Excelência até havia dito, sobre o conhecimento da ação. Inicialmente Sua Excelência também entendeu que ambos os atos constituem atos normativos federais que se revestem de conteúdo regulatório dotado de abstração, generalidade, impessoalidade, possuindo alta densidade normativa e não se caracterizando como simples atos regulamentares. E conseqüentemente concluiu que está adequado o instrumento utilizado para aferição de sua constitucionalidade.

Em que pese, eu, eu... eu passo essa questão, eu concordo com Sua Excelência, em que pese, é importante salientar, que o autor da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, num primeiro momento, ignorou um paradigma importante, que é o artigo 194 parágrafo 4º da Constituição Federal, que expressamente estabelece que a Lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Também o autor da presente ação, o que facilitaria muito – e ao final do voto explicarei por que – o autor da presente ação também acabou deixando de impugnar, ignorou a impugnação, inclusive com a possibilidade de uma interpretação conforme da legislação que regulamenta, o artigo 199, parágrafo 4º, regulamenta essa questão da coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados. Especialmente os artigos 3º, incisos I e II, artigo 14, VI e VII, e 16, inciso IV, todos da Lei 10.205, de 21 de março de 2001, que, num primeiro momento, fazem essa regulamentação do que, nesse ponto que nos interessa é denominado a política nacional de coleta e transfusão de sangue.

Estabelece, inclusive, e apesar de rápido acho importante a breve leitura, porque isso é fundamental pro meu voto, a própria Lei diz, é, e vai fixando quais são os requisitos pra essa transfusão, pra essa coleta e transfusão. São atividades hemoterápicas, para os fins dessa Lei, as normas referentes ao exercício das especialidades previstas em normas técnicas, o que sustenta a ANVISA, ou regulamentos do Ministério da Saúde, o que regulamenta também a Portaria, além da proteção, e aqui, aqui nesse primeiro ponto do artigo 3º da Lei 10.205 que é exatamente... ao meu ver, o que deveria ter sido o primeiro ponto dentro do objeto impugnado, a ser impugnado a partir de uma interpretação conforme, mas aqui traz o trinômio... o trinômio que baseia toda a política nacional de coleta e transfusão de sangue do Brasil desde 2001, com base no artigo 194, perdão, 199, parágrafo 4º, proteção específica do doador, do receptor e dos profissionais envolvidos.

Então a Constituição, ao delegar ao legislador assim... isso, na verdade, são normas internacionais que se repetem, ao delegar ao legislador é... a estabelecer os pilares protetivos e principais da política nacional de coleta e transfusão de sangue e derivados, coloca exatamente a necessidade tríplice, é, esse trinômio de proteção específica ao doador, ao receptor e aos profissionais envolvidos. E, a partir daí, o inciso I fala da necessidade que há de captação, triagem laboratorial, sorológica, imunológica, demais

exames laboratoriais do doador e do receptor, coleta, identificação, processamento, estocagem, distribuição, orientação, transfusão, etc.

No artigo 14 da mesma Lei volta a questão, no inciso VI, da proteção da saúde do doador e do receptor, mediante informação ao candidato a doação sobre os procedimentos a que será submetido, os cuidados que deverá tomar e as possíveis reações adversas decorrentes da doação, bem como qualquer anomalia. E no inciso VII, a obrigatoriedade de responsabilidade, supervisão e assistência médica na triagem dos doadores. E, mais pra frente, no inciso XVI, inciso IV, diz que dentro desse contexto a política nacional de sangue, componentes e hemoderivados estará a cargo do SINASAN e um dos incisos, o IV, diz que deve haver uma integração dos órgãos de vigilância sanitária e epidemiológica e laboratórios oficiais para assegurar a qualidade do sangue, componentes e hemoderivados e dos respectivos insumos.

Por que, Sra. Presidente, Relator, Ministros, acho importante trazer a Lei que regulamentou a específica previsão constitucional sobre isso no art. 199, parágrafo 4º? Porque a partir da Lei, que já trouxe esse trinômio de proteção específica a doador, receptor, profissionais envolvidos, trouxe a necessidade de captação, de exames... trouxe a necessidade de, é... de identificação, qualificação, verificação, sigilo – que acabei não lendo –, de responsabilização de quem capta o sangue e depois faz a transfusão, ou seja, a própria Lei já trouxe os requisitos.

Os dois atos impugnados, eu diria, eles não são nem infralegais ainda, porque depois da Lei, com base no art. 26 da referida Lei, da 10.205, de 21 de março de 2001, ainda foi editado um decreto, o Decreto 3.990, de 30 de outubro de 2001, que, igualmente, assim como a Lei, não foi impugnado, ou solicitado, de alguma forma, uma interpretação conforme, pelo autor da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade e esse decreto dispõe especificamente, mais profundamente, sobre a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados e estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução.

Repete, como uma... é um pouco tradição no Brasil, o regulamento, ao invés de regulamentar mesmo um decreto, acaba repetindo, às vezes, textos da Lei, mas reitera, de forma mais específica, essa tríple proteção necessária do sistema nacional de sangue, de transfusão, de coleta e transfusão de sangue, componentes e derivados destinados aos doadores, receptores e agentes do sistema.

Eu quero, sempre, deixar bem claro porque isso é muito importante na saquência, são três os envolvidos: os doadores, os receptores, mas também os profissionais do sistema que vêm, cada vez mais, sofrendo inúmeras ações quando, eventualmente, há uma transfusão e, na transfusão, a pessoa pega alguma infecção, contrai alguma doença, eles estão sendo responsabilizados e por isso é que o sistema de coleta e transfusão de sangue se baseia nessa tríplice proteção do doador, do receptor e... e o Decreto vai e.. coloca mais questões, coloca a... aqui o doador e o receptor serão informados dos procedimentos, de quais são suas obrigações, a supervisão médica, a informação sobre origem e procedência do sangue, a avaliação do seu estado, e diz - e aqui também é outra questão que, a meu ver, deveria ter sido pra que nós pudéssemos ter um contexto maior de análise – o inciso VII do artigo 2º do referido decreto, a obrigação e responsabilização, triagem de doadores para avaliação do estado de saúde do doador, da coleta, e assim por diante.

E o decreto coloca as finalidades. Não só – e é especialmente artigos 5º, 6º e 7º - garantir a população a oferta de sangue e hemocomponentes com qualidade, assegurando a assistência hemoterápica e exigir o cumprimento das normas técnicas pelos órgãos executores das ações de hemoterapia por meio das ações de vigilância sanitária.

Então, dessa maneira, com base no parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição, foi editada a Lei 10.205; foi regulamentada a Lei pelo Decreto 3.990 e, a partir disso, se estabeleceu, como eu disse, a política nacional no plano normativo institucional sobre coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, bem como a ordenação institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, fundada no conjunto de ações referentes – e isso também muito importante pra basear o poder normativo, aqui terciário até do Ministério e da Agência – conjunto de ações referentes ao exercício das especialidades previstas em normas técnicas ou regulamentos do Ministério da Saúde, além da proteção específica – e volta de novo, ao anunciar a política nacional no plano institucional – além da proteção específica ao doador, receptor e profissionais da área de saúde.

Somente a partir disso, e na verdade isso é de 2001, e... é importante também esse fato, vai havendo uma adaptação do Ministério da Saúde e da Anvisa a partir dos estudos internacionais. A Lei e o Decreto são de 2001, e... vai havendo essa adaptação. A Portaria do Ministério da Saúde é de 2016, já revogando outras portarias anteriores, exatamente a partir de estudos técnicos e a resolução da Anvisa, da mesma forma, a partir de estudos

técnicos, é de 2014. E essas, essas sim estão diretamente impugnadas. Essas estabelecem as exigências cujo substrato normativo, como disse, geral, não só a Lei 10.205, mas também o Decreto 3.990.

Pra ser absolutamente, aqui, claro, se fosse, se fosse analisar de uma forma extremamente purista, essa Ação Direta de Inconstitucionalidade, ela tá impugnando o terceiro escalão. Ela não tá impugnando nem a Lei... e a partir da Lei a interpretação conforme seria possível; não está impugnando nem o Decreto... e daí tá lá embaixo, impugnando as duas normas, Portaria e a Resolução.

Mas... mas aqui, em virtude da não só importância do tema, mas pela possibilidade, a meu ver – e vou desenvolver isso no meu voto –, de conseguir, a partir de outros dispositivos do que foi impugnado e acabam, às vezes, repetindo um pouco o Decreto e a Lei... A partir disso, entendo que é possível dar uma solução, a meu ver, uma solução bem... é, constitucional e razoável à questão, apesar de, repito, estarmos aqui analisando uma ação direta de terceiro escalão, mas com assunto importantíssimo e como disse – e digo isso aqui porque adiantei ao relator quando entrávamos –, como disse há possibilidade, como bem destacou o ilustre Relator, há possibilidade de determinados pontos, que são, que são desdobramentos de outros, o Decreto e da própria Lei, mas há possibilidade de verificar aqui, né, o...atos que encerram, como diria Kelsen, um dever-ser... acabam veiculando manifestações que subordinam a vontade dos não só doadores, receptores, mas também dos agentes da saúde, dos agentes que atuam com isso.

Então, para fins, apesar dessa ausência... para fins de conhecimento, eu acompanho o Relator, conheço da ação. Entendo que... há possibilidade desse salvamento como ato normativo.

Cito aqui casos um pouco semelhantes, não tanto, onde se impugnavam o segundo... diríamos assim, o segundo escalão, não o terceiro escalão, a ADI 1352, relatoria do Ministro Celso de Mello; a ADI 1553, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; também a ADI 1969, também de relatoria do Ministro Marco Aurélio... Então a possibilidade dessa análise.

E a importância de destacar a inexistência de impugnação, mesmo que fossem alguns pontos específicos da Lei ou do Decreto, aqui tem por finalidade, por minha finalidade, salientar que essas omissões podem, eventual... eventual e diferentemente do que possa parecer em uma primeira leitura da peça inicial, exatamente por não tratar da Lei e do Decreto, de que a conclusão, e pode levar à conclusão errônea que tanto a Portaria

158, de 2016, do Ministério da Saúde quanto a Resolução 34 de 2014 da ANVISA seriam atos normativos primários – não são atos normativos primários, mas têm um caráter denso –, mas, pior, poderiam levar, por conta dessa análise conjunta na petição inicial, que foram atos editados com a finalidade específica de estabelecimento de critérios discriminatórios aos homossexuais masculinos que queiram doar sangue.

Eu faço essa ressalva porque se houvesse o acompanhamento desde 2001 da Lei, do Decreto e de todas as regulamentações terciárias até 2014 e 2016, seria facilmente verificável que é o inverso. Foi-se progredindo... foi, nós podemos concordar ou não com a progressão, mas foi-se progredindo, foi-se limitando as restrições a partir de estudos técnicos. Inclusive o mais recente, 2016, que fundamentou o do Ministério da Saúde.

Então eu faço questão, aqui, de deixar consignado que não é disso, realmente, que se trata, ou que se tratou, de uma finalidade discriminatória específica em relação a homossexuais masculinos que queiram doar sangue.

E Sua Excelência, o Relator, bem colocou isso, num momento em seu voto que, aparentemente também – Vossa Excelência me corrija se eu estiver errado –, mas Vossa Excelência colocou que, aparentemente, também não viu uma intenção de discriminar, uma intenção discriminatória. Poderia, como Vossa Excelência entendeu, discriminar, ser discriminatória, mas que não seria esta a intenção. E verificando, como eu disse, todo histórico da Lei, Decreto e Resoluções se verifica bem isso.

Então, como eu disse, a meu ver, não se trata dessa ideia. A Lei, a Resolução, a Portaria, elas quiseram discriminar... até porque elas são muito mais amplas do que se colocou, seja na petição inicial, sejam nos vários *amici curiae* que aqui falaram.

Porque em que pese os textos impugnados pelo autor da ação sejam somente relacionados à questão de orientação sexual... o autor coloca que seriam relacionados somente à questão de orientação sexual, os dispositivos normativos de ambas as Normas estabelecem uma série de limitações fixadas a partir de estudos técnicos e científicos, tais como pessoas – e pra demonstrar que não foram normas editadas em relação à orientação sexual... Uma série de limitações fixadas a partir de estudos técnicos e científicos, tais como pessoas que tenham feito sexo, diz a Lei, em troca de dinheiro e de drogas, independentemente da orientação sexual; pessoas que estiveram detidas por mais de 24 horas em instituição carcerária ou policial; pessoas que sejam parceiros sexuais de hemodialisados e de pacientes com história de transfusão sanguínea; pessoas, independentemente da orientação sexual, que tenham feito sexo com um ou mais

parceiros ocasionais ou desconhecidos sem uso de preservativo; pessoas que tenham tido contato com o vírus da hepatite B ou C, o *Tripanossoma cruzi*, causador da doença de Chagas; pessoas, e até estico um pouco, pessoas que utilizam *piercing* ou existência de tatuagens, quando não seja possível nos exames clínicos ou no atendimento médico analisar as condições de avaliação quanto à segurança dessas, é... dessas... atitudes, de ter colocado um *piercing* ou tatuagem, entre outros critérios; a, inclusive, a inclusive um lapso temporal de pessoas que tenham pulado de paraquedas, regulamenta, quem pulou de paraquedas tem que ficar 48 horas, não pode doar sangue, é... não faço a mínima ideia porque, obviamente, mas são todos, obviamente, aqui... são todas questões baseadas em estudos técnicos nacionais e estrangeiros. Não é uma lei, não é... não... não são portarias, uma Resolução desarrazoada, discriminatória, que pretendeu uma discriminação. Pretendeu regulamentar com o que ela, ela tinha de conhecimento técnico e científico.

Até porque, assim como os demais critérios, esses que eu citei ou outra... a pessoa também, a pessoa que está fazendo tratamento pra câncer, por exemplo, mas assim como os demais critérios, aqueles relacionados, segundo a petição inicial, à orientação sexual foram adotados a partir de estudos técnicos e científicos, inclusive comparativos com outros países e o Brasil foi avançando à medida em que outros países foram avançando. Como por exemplo, e cito alguns, os Estados Unidos, até 1977, não permitia, nessa hipótese que nós estamos tratando, a doação de sangue. A partir de 1977 passou a permitir como aptos a doarem sangue indivíduos do sexo masculino que tiverem relações sexuais com outros indivíduos do sexo masculino e/ou parceiras sexuais destes, assim como o Brasil agora regulamenta, após o mesmo período do Brasil, 12 meses após a prática sexual de risco. Até 77, como eu disse, era absoluto. Ou ainda o Reino Unido, Argentina, Austrália e Suécia, cujo prazo nessa hipótese é o mesmo prazo brasileiro, ou seja, 12 meses. No Canadá e na Nova Zelândia o prazo é de 5 anos e na Alemanha, Suíça e Holanda a inaptidão é definitiva.

Por que também fiz questão de citar o direito comparado? Pra demonstrar que houve, como anualmente há, uma análise, por parte dos especialistas em saúde, pra tentar adequação pra cumprir não só a Lei como a Constituição, mas mais do que isso... mais do que isso, pra tentar garantir a qualidade do sangue, da transfusão, da coleta e da transfusão de sangue que será realizada.

Não se trata, portanto, a meu ver, à *priori*, não se trata aqui de um ato arbitrário, discriminatório e direcionado tão somente à orientação sexual das pessoas, como foi

reiteradamente aqui dito na tribuna por vários *amici curiae*, mas sim um conjunto de medidas baseadas naquele trinômio, que me referi anteriormente, que rege a política nacional de coleta e transfusão de sangue no Brasil a partir, é... não vou me tornar repetitivo, mas a partir do art. 199, parágrafo 4º, e toda aquela legislação que não foi impugnada.

Com base nessas considerações, com base nesse comparativo com os demais países, com base na demonstração que desde 2001 até 2014, com esses atos terciários de 2016, no caso do Ministério da Saúde, houve uma evolução, acho importante – e o importante aqui é pro raciocínio geral – verificar que a ideia, a ideia não foi e não é, de forma alguma, a discriminação, que é inaceitável e esse Tribunal por várias vezes já reiterou, a discriminação por orientação sexual.

Então a necessidade – e aqui entro numa outra questão importantíssima – a necessidade de se saber se realmente não sendo, a meu ver, a finalidade discriminatória, se houve desrespeito ao princípio da igualdade, que também foi citado, inclusive, por Sua Excelência, o Ministro Relator, ao se exigir o prazo de 12 meses de abstinência sexual de relações homem homossexual com outro homem – vejam, aqui a norma não engloba a questão das mulheres –, e a Constituição de 88, como todos sabemos, adotou dentro da questão do princípio da igualdade, a igualdade de aptidão, a igualdade de possibilidades, a igualdade e a necessidade de todos os cidadãos terem o direito de tratamento idêntico pela lei em consonância com os critérios, obviamente, albergados pelo ordenamento jurídico. O que se veda, e essa corte várias vezes já reiterou, o que se veda são diferenciações arbitrárias, discriminações absurdas, pois o tratamento, em determinadas hipóteses, desigual de casos desiguais, como já dizia Rui, na medida em que se desigualam é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente o princípio da igualdade protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional da igualdade quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

E é isso que se trata a análise principal aqui dessa diferenciação, se a desigualdade desses atos normativos realmente produziram tratamentos não razoáveis, arbitrários, tratamentos específicos sem.. tratamentos não razoáveis, específicos, sem uma finalidade constitucional, ou seja, uma finalidade arbitrária, uma finalidade não razoável.

E pra que as diferenciações normativas possam ser consideradas não-discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável,

de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente, e no caso tecnicamente, no caso específico, aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos, que foram citados com maestria pelo ilustre ministro relator. Os tratamentos normativos diferenciados somente serão compatíveis quando verificada existência, realmente, de uma finalidade razoável proporcional ao fim visado.

Nesse sentido, e aí é a ótica de como se lê a Portaria e a Resolução, por isso a necessidade da comparação com a Lei e com o Decreto, nesse sentido eu concordo plenamente quando o ilustre Ministro Relator diz que é necessário salientar se o elemento discriminador, o *discrimini*, é a orientação, tão somente a orientação sexual, ou se são, ou no caso específico impugnado, ou se é a conduta de risco. Obviamente se for tão somente a orientação sexual nós teremos aqui uma discriminação absurda, uma discriminação inconstitucional; se for algo a partir de uma conduta de risco, como tantas outras que são dispostas na Resolução e na Portaria, aí nós temos que analisar se há proporcionalidade no tratamento dessa conduta de risco.

É, portanto, absolutamente essencial realizar a análise pra saber se algumas condutas de risco estão mais presentes, ou não, em algumas orientações sexuais. São coisas diversas, coisas diversas, o elemento discriminador ser a orientação sexual, ou qualquer outra escolha pessoal, ou o elemento discriminador, buscando a finalidade constitucional, se uma conduta de risco que decorre de alguma orientação ou alguma escolha que a pessoa fez. São questões, a meu ver, diversas se essas condutas ou essa específica conduta de risco está mais presente em algumas orientações sexuais e, conseqüentemente, se na presente hipótese existiria ou não a finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado, que permita um tratamento diferenciado.

Ou seja, entendo, assim como fez brilhantemente o Ministro Relator, mas entendo necessário separar fatos técnicos de preconceitos e análise técnica e estatística de discursos mais genéricos. Isso é possível fazer, o boletim epidemiológico de AIDS 2016, o último editado no Brasil, vem apontando um crescimento na detecção do vírus da AIDS em homens e uma diminuição em mulheres nos últimos 10 anos. Isso é um fato, isso, perdão, é um fato concreto. Em 2006 a taxa de detecção em homens era de 24,1 casos por 100 mil habitantes, tendo passado, em 10 anos, de 24,1 por 100 mil pra 27,9 por 100 mil

habitantes, ou seja, como entende o Ministério da Saúde e todos nós, obviamente, é um significativo aumento de quase 16%, 15,9%, enquanto nas mulheres houve uma redução de 19,6%, ou seja, de 15,8 casos em 100 mil habitantes em 2006 pra 12,7 em 2016. O mesmo boletim epidemiológico salienta, ainda que a taxa de detecção da AIDS também cresceu proporcionalmente na diferença, cresceu entre homens e mulheres de 2003 pra 2008. Em 2003 eram 15 homens pra 10 mulheres... perdão, entre 2003 e 2008 eram 15 homens, pra cada 15 homens, 10 mulheres, passando em 2015 pra 21 homens e mantendo o número, o mesmo número, de 10 mulheres.

Um dos mais respeitados infectologistas do Brasil, atualmente Secretário de Saúde do estado de São Paulo, professor Davi Uip, e que eu tive a possibilidade, inclusive, de consultar pessoalmente nesse fim de semana pra analisar melhor o caso, aponta, e mandou... entregou o estudo, aponta no estudo detalhado, e esse é outro fato, aponta em estudo detalhado, aspas, que a relação anal passiva, quando praticada sem preservativo, é a que mais apresenta risco na proporção de uma transmissão a cada 72 ações sexuais. Em seguida vem a relação anal ativa, com uma transmissão a cada 900 ações sexuais. Já a relação pênis-vaginal apresenta risco de uma transmissão a cada 2500 ações sexuais, enquanto que na relação pênis-vagina ativa o índice é a metade disso. E termina este estudo, do professor Davi Uip, na relação pênis-oral, seja ativa ou passiva, o risco é de 0 a 4 transmissões por 10 mil ações.

Ou seja, é fato, além do boletim epidemiológico que mostra o aumento do número de AIDS entre os homens, o outro fato é que a relação anal passiva é a que apresenta o maior risco de transmissão, sem – obviamente, salientei e saliento novamente –, quando praticada sem preservativo, apresenta o maior risco de transmissão, a proporção de 1 pra 72, 72 vezes, enquanto, como eu disse, a pênis-vagina, 1 pra 2500. Isso é outro fato a ser analisado junto com esse crescimento, na última década, diminuição de quase 20% dos casos de AIDS nas mulheres e o aumento de 15,9% no caso de homens.

Esses dados – e aqui um terceiro fato que me parece muito importante –, esses dados são completados segundo uma respeitável pesquisa publicada também recentemente, 2015, pelo grupo da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo, a partir da análise do Hemocentro de Ribeirão Preto, cidade no estado de São Paulo, entre, como se denomina medicamente, cientificamente, HSHS, sigla que representa homens que fazem sexo com homens, nesse caso este estudo demonstrou que houve um número 450 vezes superior aos demais doadores de sangue na detecção do vírus

HIV. Ou seja, na análise do Hemocentro de Ribeirão Preto, essa análise verificando, após as doações, é que houve um número 450 vezes superior aos demais doadores de sangue HSHS, homens que fazem sexo com homens, na detecção do vírus HIV em relação aos demais. Ou seja, continua o estudo, 15,4% dos homens HSHS, homens que fazem sexo com homens, que doaram sangue, nessa pesquisa no Hemocentro de Ribeirão Preto, 15,4% possuíam o vírus HIV e o... o mais chocante na pesquisa, que fez com que surgisse, e essa é uma grande necessidade, uma propaganda, retornar propaganda, é que 45,8 deles não tinham ciência, só tiveram ciência no momento em que foram doar sangue, enquanto nos demais doadores de sangue, o índice é inferior a 0,03%.

Então aqui um outro fato que mostra uma diferenciação da, exatamente do que é tratado aqui na presente ação, os homens que fazem sexo com homens, HSHS, 15,4% que doaram sangue apresentaram o vírus HIV, enquanto os demais doadores, o índice, como disse, inferior a 0,03.

É importante que se diga, a pesquisa ela não coloca isso de forma científica porque não existe a resposta, quando é indagado, mas é importante que se traga aqui a experiência existente em secretarias de saúde, Ministério da Saúde, que essa grande diferença também é porque inúmeros homens, e eu estou usando exatamente a terminologia técnica, HSHS, homens que fazem sexo com homens, inúmeros homens que fazem sexo com homens eles procuram o centro de saúde, na verdade, pra doar o sangue e pra fazer o exame gratuitamente quando têm a dúvida. Então há essa diferenciação, quando o homossexual masculino, ele às vezes fica com dúvida se está ou não contaminado, ao invés, e às vezes não tem condições econômicas de pagar o exame, não tem plano de saúde, procura, vai doar sangue e quando tira sangue descobre. Isto é muito usual, é citado na pesquisa, não se coloca os números, os percentuais, porque as pessoas, obviamente, falam isso, vamos dizer, em *off*, porque seria uma forma até de fraudar o próprio exame de sangue, mas por isso essa diferença também atinge esses patamares.

Mas são três fatos que coloquei, três fatos estatísticos: o crescimento do número da detecção de vírus da AIDS nos homens em relação às mulheres nesses últimos 10 anos; o maior risco, e um risco bem maior proporcionalmente, como se tem no caso das relações anais passiva ou ativa e; a questão do Hemocentro de Ribeirão Preto, a diferença de 15,4% da presença do vírus da AIDS nos homens que fazem sexo com homens e 0,03% nos demais.

Em virtude dessas... desses fatos... diversamente do apontado na petição inicial, o art. 64, inciso IV, e o artigo 25, inciso XXX, letra *d*, quando fizeram essa previsão, eles não pretenderam, a meu ver, e ao ver dos estudos progressivos que vêm ocorrendo, inclusive como já citado no restante do mundo, não pretenderam discriminar orientação sexual dos homens que fazem sexo com homens, mas sim, a partir de critérios absolutamente técnicos, o que pretenderam foi evitar maiores riscos de contaminação aos receptores do sangue doado que também, e por isso salientei várias vezes, aqui, o trinômio doador, receptor e o profissional da área, que também os receptores do sangue doado têm efetivo direito à proteção à sua saúde, à sua dignidade humana, pois as estatísticas, algumas já ditas, as estatísticas produzidas a partir da ciência médica comprovam, conforme detalhado acima, ser conduta de risco, com maior risco de transmissão do vírus HIV, a relação anal homens que fazem sexo com homens.

Independentemente, essa conclusão, da sua orientação sexual, tanto que, volto a dizer, inexistente qualquer restrição à questão do homossexualismo feminino. Não se tratou aqui da questão discriminatória, mas sim de estudos que guardam relação com dados concretos e guardam relação, também, com estudos mundiais no direito comparado, como já dito.

E volto a insistir que as restrições baseadas em estudos, tanto da Portaria 158 do Ministério da Saúde quanto da Resolução RDC n. 34, não se tratam de restrições só a esta hipótese. Além daquelas inúmeras hipóteses já citadas, também, por exemplo, hepatite, que eu já citei, hepatites B ou C...

Ministro Marco Aurélio Mello: Ministro Alexandre, Vossa Excelência entende, então, que a política pública, em termo de zelo da saúde, é uma política pública razoável? Ao menos razoável.

Ministro Alexandre de Moraes: Ao menos razoável – o ao menos eu vou chegar daqui a pouquinho, mas – entendo e digo mais...

Ministro Marco Aurélio Mello: Eu não tenho a menor dúvida de que o requerente jamais será alvo de uma transfusão de sangue, porque uma pessoa jurídica de direito privado.

Ministro Alexandre de Moraes: E digo a questão de ser razoável e, por isso, fiz questão de citar, até sendo chato, mas citar a omissão que foi feita da Lei, do Decreto. Porque se a Lei, se o Decreto e se as Resoluções ano a ano fossem trazidas à Corte por quem ingressou com a ação ficaria claro que o critério pode até ser errado, mas não é discriminatório, não se pretendeu discriminar pela opção sexual. O critério foi

fundamentado com dados, com fatos, foi melhorando a partir que no resto do mundo também e segue critérios mais flexíveis que vários países europeus. Da forma que isto foi colocado à corte, foi colocado que Ministério da Saúde e Anvisa vieram com duas, dois atos discriminatórios pela orientação sexual. Não foi isso, não foi isso a meu ver e os dados e fatos estatísticos, inclusive apoiados na Resolução 5 de 2008 do Conselho Europeu de Saúde, ao declarar que “os serviços de hemoterapia são, em última análise, os responsáveis pela qualidade e pela segurança do sangue e de seus componentes coletados, em especial o serviço de hemoterapia devem responsabilizar-se pela aceitação ou recusa de doadores – e aqui importante, repito, Resolução do Conselho Europeu – responsabilizar-se pela aceitação ou recusa de doadores com base na avaliação de risco, baseado em dados epidemiológicos atualizados”. Por isso que são recentes, do Ministério da Saúde é de 2016, baseados em dados epidemiológicos atualizados.

Tendo em mente, volto àquele trinômio que eu insisto, o direito do receptor a proteção de sua saúde e a consequente obrigação de minimizar o risco de transmissão de doenças infecciosas, esses direitos, diz o Conselho Europeu na Resolução 5, “esses direitos e obrigações sobrepõem-se a quaisquer outras considerações, inclusive a vontade individual de doar sangue”. E isso se refere a todos aqueles que não podem doar sangue e gostariam, por exemplo alguém que teve Hepatite B, por exemplo.

Por isso, é importante aqui – e já, já estou indo pro final, Presidente – importante aqui retornarmos, nesse momento, àquele trinômio da política nacional de coleta e transfusão de sangue do Brasil, que é baseada em dados estatísticos, fatos concretos, pesquisas e segue o direito comparado. Aquele trinômio proteção ao doador, proteção ao receptor e responsabilização das autoridades médicas que não tomarem estes cuidados. Eu disse no início e volto aqui a dizer, cujas várias e inúmeras decisões judiciais já determinaram condenações por contaminações de pacientes em virtude de transfusão de sangue que não foi bem verificado.

Em que pese – e agora eu também pediria uma especial atenção –, em que pese entender que as previsões do artigo 64, inciso IV, da Portaria 158 de 2016 do Ministério da Saúde e o artigo 25, inciso XXX, letra *d*, da Resolução da Diretoria Colegiada 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em que pese eu entender que elas não são discriminatórias, em virtude de todo o já alegado, pois, como disse, baseadas em estudos técnicos científicos, direito comparado, com a finalidade da proteção ao trinômio da política de coleta e transfusão de sangue, artigos 3º, I, 14, VI e VII, 16, IV,

da Lei 10.205, artigos 2º, inciso VI, VII e VIII, do Decreto 39.090, pois o que busca, na verdade, o que busca essa regulamentação é garantir o direito do doador HSHS, homens que fazem sexo com homens, em doar sangue. Ela prevê, e foi uma evolução se nós pegarmos as resoluções e a disciplina, lá atrás, brasileira, apesar da restrição de abstinência sexual por doze meses, abstinência sexual de relação homem com homem, também pretende, pretendem as duas normas impugnadas garantir o direito do receptor, que tem o direito de receber o sangue de melhor qualidade possível para a proteção da sua saúde. E tem também a finalidade de proteção ao responsável pela área da saúde, que tem a obrigação, e a lei, a regulamentação tem que lhe dar mecanismos possíveis pra isso, a obrigação de minimizar o risco de transmissão de doenças infecciosas pela transfusão sanguínea e, conseqüentemente, não só gerar doença, transmissão, mas também em relação a ele, evitar eventual responsabilização profissional e judicial.

Em que pese, repito, entender que não são discriminatórias e apesar da dificuldade – vou ser extremamente sincero aqui – a dificuldade de uma interpretação conjunta pela falta de se pedir algo em relação à Lei, algo em relação ao Decreto, ou seja, se jogar esses dois dispositivos, apesar de tudo isso entendo possível uma melhor e mais razoável interpretação desses direitos, desse trinômio de direitos doador, receptor e responsável pela área de saúde.

A partir do parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal, a partir, e apesar de não terem sido citados, dos artigos 3º, I, principalmente aqui, artigo 3º, inciso I, e 14 inciso XII da Lei 10.205 de 2001, o artigo 3º, inciso I, permite ao poder público, a partir de normas técnicas ou regulamentos do Ministério da Saúde, disciplinar a captação, triagem clínica laboratorial, sorológica e imunohematológica do doador e do receptor, bem como sua identificação, aqui é o artigo 3º, inciso I, da citada Lei 10.205 e no caso do 14, II, o poder público tem a obrigatoriedade de – isso é texto expresso da Lei – o poder público tem a obrigatoriedade de testagem individualizada de cada amostra ou unidade de sangue coletado, sendo proibida testagem por amostragem ou unidades de sangue em conjunto, salvo se surgir, diz a Lei, uma tecnologia que permita, garantindo, ainda, diz o artigo 16, aos órgãos de vigilância sanitária e epidemiológica laboratoriais, garantindo a qualidade da fiscalização no sangue, eu entendo que na questão, nessa questão específica impugnada do doador HSHS, homens que fazem sexo com homens ou com mulheres destes, como diz a Lei, em virtude do que também a ciência já comprovou, em virtude da existência de uma chamada janela sorológica, ou janela imunológica, período em que os

testes sorológicos são incapazes de detectar a contaminação do sangue em todos os casos, e nos vários *amici curiae* é citado que de meses diminuiu para 15 a 20 dias, mas acho que não é função do Supremo Tribunal Federal definir qual é essa janela sorológica, mas, em virtude – e isso cientificamente é comprovado, que há uma janela sorológica, também chamada de janela imunológica, em que mesmo fazendo os testes sorológicos são incapazes de detectar a contaminação do sangue em todos os casos –, nesses casos, após a necessária triagem nos casos impugnados aqui, após realizar a necessária triagem, o questionário individual que a Lei exige realizado em todos os casos, o material coletado dos homens que fazem sexo com homens, o material coletado independentemente do prazo de 12 meses e em virtude dessa janela e dessa possibilidade, apesar de não verificar discriminação por estar dentro do que foi estipulado por estudos, mas é possível retirá-la, entendendo que nesses casos o material coletado deve ser devidamente identificado, separado, armazenado – e a Lei diz que é possível após o período da janela imunológica, que deve ser definida como qual e como necessária pelos órgãos competentes, no sentido de afastar qualquer possibilidade de eventual contaminação.

Poderia se dizer o seguinte: ah, mas isso já não é feito? Não, isso não é feito, isso não se aguarda, no país todo, a janela sorológica, até porque essa proibição de 12 meses faz com que haja um grau de mentira gigantesco, foi citado – inclusive agora não vou lembrar – por um dos *amici curiae*, isso é... isso é absolutamente notório na comunidade médica, a pessoa quer ir doar sangue, ela fala que é homossexual, mas fala que nos últimos 12 meses não teve nenhuma relação ou nem diz que é. O teste é feito imediatamente, não pega essa janela.

Ou seja, verifico aqui a possibilidade não só de retirarmos algo que não é mais necessário, esses 12 meses, como de possibilitarmos uma adaptação legal que tire o constrangimento da mentira e, ao mesmo tempo, possibilite às autoridades da área de saúde já classificar esse sangue, então vamos aguardar a janela sorológica, imunológica de 30 dias, daqui 30 dias nós faremos o teste. Daqui 40, daqui 20, isto não serei eu, obviamente, a palpitar, mas, vejam – e acho que isto é importantíssimo –, essa construção não só no Brasil como no mundo todo, que foi diminuindo, homens que fazem sexo com homens não poderem doar sangue sem uma abstinência de 12 meses, isso pode ser substituído, e a ciência demonstra, pelo fato de se aguardar a janela imunológica pra, nesses casos, se realizar a transfusão de sangue.

Mesmo em alguns casos, lamentavelmente isso ocorre, nós sabemos que às vezes falta sangue, mas mesmo em acidentes em que se precisa sangue, esses casos específicos devem aguardar a janela sorológica ou imunológica. Nós estaremos, com isso, respeitando o direito do doador... o doador – e tão bem foi dito aqui pelo ministro relator –, o doador ele quer realizar isso, ele quer auxiliar o próximo, nós vamos estar tirando um último, talvez, obstáculo, o preconceito que tem fundamento técnico científico pelas proporções, mas que pode ser retirado porque pode se aguardar essa janela sorológica ou imunológica.

Estaremos garantindo o direito do receptor, porque o receptor saberá que, primeiro, o número de mentiras diminuirá e, nesses casos, os exames foram feitos após a janela imunológica, uma tranquilidade muito maior ao direito do receptor e estaremos também dando embasamento aos profissionais que atuam na área para que não possam ser responsabilizados. Ah, como que você não descobriu que, falando que era homossexual, você não previu...? Não, a janela é essa, nós fizemos teste depois, não há nada aqui a responsabilizar os destinatários da área da saúde.

Obviamente ficaria muito mais fácil aqui a conclusão pegando os artigos da Lei que não foi impugnada, mas, mesmo assim, eu vou usar, pedindo vênias ao Tribunal se exagerar, eu vou usar no sentido de – isso com base, isso nos possibilita a jurisdição constitucional, o artigo 199, parágrafo 4º, da Constituição Federal – declarar parcialmente procedente a ação para declarar, primeiro, a inconstitucionalidade do artigo 64, inciso IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde, porque, nesse caso, não dá pra salvar, “considerar-se-á inapto temporário por 12 meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: homens que tiverem relações sexuais com outros homens e parceiros...”, mas pra realizar em relação à resolução 34/2014 da Anvisa, uma declaração parcial de nulidade do, com redução de texto, aqui – aqui na verdade, isso que é a dificuldade da Lei não estar presente –, mas ao mesmo tempo é uma declaração parcial de nulidade com redução de texto do inciso XXX do artigo 25 e uma interpretação conforme da alínea *d* desse mesmo inciso XXX do artigo 25. Explico, diz a Resolução 34/2014, quando traz os requisitos: “O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores, estabelecidos pelo Ministério da Saúde em legislação vigente, visando tanto a proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos baseados nos seguintes requisitos” e aí vem o inciso XXX “os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue

devem ser avaliados”, eu fico até aqui. Agora, no inciso XXX, é a declaração parcial com redução de texto, tiro “e os candidatos nessas condições devem ser considerados inaptos, temporariamente, por um período de 12 meses após a prática sexual”.

Ministra Cármem Lúcia: Essa é a parte que Vossa Excelência exclui?

Ministro Alexandre de Moraes: Excluo. E aí, na alínea *d*...

Ministra Cármem Lúcia: Que aí tem “incluindo-se: *d* – indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou os parceiros sexuais destes”...

Ministro Alexandre de Moraes: Então, só que aqui eu dou uma interpretação conforme no sentido de que eu retiro o prazo do inciso XXX de 12 meses, ou seja, a legislação vigente vai estabelecer os requisitos: é possível doação dos indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou parceira destes, desde que, desde que o teste imunológico seja realizado somente após a janela sorológica ou imunológica definida pelas autoridades de saúde.

Então se retira a exigência da abstinência... então se ele teve uma relação sexual homem, relação sexual com homem há um mês atrás, ele doou sangue, aquele sangue não poderá ser imediatamente utilizado; vai se aguardar a janela imunológica para se realizar o exame sorológico. Qual é, quem define é o Ministério da Saúde; hoje, segundo todos as argumentações, é 15 a 20 dias, um mês... A partir desse exame, verificado que não há nenhum problema, esse sangue ficaria disponível somente após essa janela e esse exame.

Ministra Cármem Lúcia: Então pela interpretação que Vossa Excelência oferece em seu voto, a alínea *d* do inciso XXX do artigo que estamos discutindo haveria, Vossa Excelência remete às autoridades competentes os elementos necessários, porque o que Vossa Excelência citou foi “desde que”...

Ministro Alexandre de Moraes: Na alínea *d*, na alínea *d*...

Ministra Cármem Lúcia: Exatamente, conforme.

Ministro Alexandre de Moraes: Na alínea *d* vai ser possível porque no inciso XXX já se retirou o prazo de 12 meses...

Ministra Cármem Lúcia: Sim, Vossa Excelência manteve até “devem ser avaliados, incluindo-se”, retirada a redução da alínea *d*...

Ministro Alexandre de Moraes: Exatamente, no caso, que é o caso pedido aqui, indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do

mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes, o sangue doado somente poderá ser utilizado após o exame ser realizado após aquela janela imunológica.

Ministra Cármen Lúcia: Que é a interpretação que Vossa Excelência está dando à alínea *d*.

Ministro Alexandre de Moraes: Exatamente.

Ministro Marco Aurélio: Presidente, eu sempre digo que é muito perigoso acionar-se o instituto da interpretação conforme a Constituição Federal, porque quase sempre se adentra o campo normativo.

No caso, o que nós temos? Temos um preceito que não revela qualquer ambiguidade, um preceito que eu imagino que tenha sido redigido após uma série de trabalhos no setor, no que eu apontaria como uma política pública visando à segurança dos cidadãos em geral.

Nós vamos legislar para substituir preceitos, para estipular uma nova normatividade? Nós não podemos fazê-lo. De duas uma, ou se conclui que ao invés de ressentimento tem-se preconceito no que há alusão aos homossexuais, e aí fulminamos o dispositivo, ou nós revelamos que nesse conflito entre o interesse individual e o coletivo, destinatários das transfusões de sangue, deve prevalecer o interesse coletivo.

Agora, interpretação conforme para estipularmos – e aqui nós não estamos atuando a partir, em que pese o depoimento dado pelo nosso amigo comum Davi Uip, nós não estamos atuando a partir de uma perícia para estipularmos requisitos alusivos ao aproveitamento de sangue doado por homossexuais –, nós não podemos fazê-lo, sob pena de atuarmos num campo que é um campo muito sensível e sem dados técnicos concretos.

Ministra Cármen Lúcia: Pois não, mas eu anotei o voto do Ministro Alexandre de Moraes e indago ao Ministro Barroso se Vossa Excelência não preferiria que nós antecipássemos em 8 minutos, para que Vossa Excelência pudesse votar com tranquilidade.

Ministro Luís Roberto Barroso: De pleno acordo, presidente. Embora meu voto seja breve, mas de pleno acordo.

Ministra Cármen Lúcia: Então eu suspendo a sessão pelo período regimental e voltamos na sequência, dando continuidade ao julgamento, com voto, iniciando pelo voto do Ministro Roberto Barroso. Está suspensa a sessão.

VÍDEO 3 – 25.10.2017 (01:09:25)

Nome do vídeo: Pleno - Suspensão julgamento de ação contra restrição a homossexuais na doação de sangue (2/2)

Descrição do vídeo: O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu, nesta quarta-feira (25), o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) para questionar normas do Ministério da Saúde e da Anvisa que restringem a doação de sangue por homens homossexuais. Até o momento, votaram o relator, ministro Edson Fachin, que julgou as normas inconstitucionais, por considerar que impõem tratamento não igualitário injustificável, acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux. O ministro Alexandre de Moraes abriu divergência ao votar pela procedência parcial da ação. Leia mais: <https://goo.gl/iv8fMe>

De <https://www.youtube.com/watch?v=_wAgtSYEJQo&t=2765s>

(0:28)

Ministra Cármen Lúcia: Declaro reabertos os trabalhos do Plenário do Supremo Tribunal Federal e, dando continuidade ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543, passo a palavra para voto ao eminente Ministro Roberto Barroso.

Ministro Luís Roberto Barroso: Presidente, a hipótese já foi suficientemente apresentada e objeto de dois votos alentados e de elevada qualidade, de modo em que eu não vou me alongar na sua descrição.

Nós estamos diante de dois atos normativos, um do Ministério da Saúde e outro da Anvisa, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que, em última análise, proíbe a doação de sangue por homossexuais que tenham mantido uma relação sexual nos últimos 12 meses.

Portanto, em rigor, proíbe a doação de sangue por uma pessoa sexual masculino que tem uma vida sexual minimamente ativa.

A justificativa apresentada pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária foi a de que a prática sexual entre homens constitui conduta de risco, em razão da maior probabilidade que neste tipo de relação advém para o contágio de doenças sexualmente transmissíveis, inclusive e notadamente a HIV, a AIDS, transmitida pelo vírus HIV. Portanto essa era a primeira e principal explicação, como analiticamente exposto no voto do Ministro Fachin.

A outra informação relevante, penso eu, para o deslinde dessa controvérsia, trazida pelas informações do Ministério da Saúde e da ANVISA, é de que todo o sangue doado passa por exames laboratoriais, que consistem na realização de testes sorológicos para a detecção de doença.

Porém, e esse é um ponto importante, foi objeto de consideração pelo Ministro Alexandre de Moraes, existe o que se chama uma janela imunológica, que identifica um intervalo de tempo entre a infecção pela doença e a sua detecção e, durante este período, quando se colhe o sangue de uma pessoa neste período da janela imunológica – portanto ela já está contagiada, contaminada, mas ainda não se revela nos exames –, tem-se o período ou tem-se o tipo de exame que se chama de falso negativo que, segundo o Ministério da Saúde, pelos testes de quarta geração que hoje se realizam no Brasil, leva de 10 a 12 dias.

Portanto o período da janela imunológica, o período do risco de que o contágio não apareça no exame é um período concentrado em 10 a 12 dias.

É por causa dessa janela imunológica que os testes laboratoriais não são considerados suficientes e é por esta razão que existe toda esta regulamentação, que nós estamos tratando aqui, e se faz esta triagem clínico-epidemiológica dos doadores, focada basicamente na entrevista que é feita aos candidatos.

Portanto esta é a justificativa oferecida pelos órgãos encarregados da saúde pública; existe maior risco; os exames laboratoriais, hoje em dia, eles têm nível de acerto de praticamente 100%, mas há o risco dessa janela imunológica, quando então poderia ocorrer a contaminação. Essa é a posição dos que defendem o ato normativo.

O autor da ação e os diversos *amici curiae* que aqui estiveram sustentam que o modo como verbalizados os atos normativos, eles, em última análise, acarretam um banimento dos homossexuais masculinos da possibilidade de doação de sangue, o que considero ser algo extremamente discriminatório e estigmatizante para um grupo que já enfrenta preconceitos históricos que, apenas nos últimos anos, com atraso, felizmente não tarde demais, vem sendo finalmente superados; alguns deles com a ajuda deste Tribunal.

Essa é a posição contraposta. O modo como vocalizado a restrição pelos atos normativos impugnados é extremamente discriminatório e extremamente estigmatizante para uma coletividade já, tradicionalmente, vítima de preconceitos e de abusos.

Aqui, Sra. Presidente, o meu voto é curto; eu gostaria de fazer uma breve referência, não mais do que um parágrafo, à razão pela qual se instituiu esse banimento amplo à doação por homossexuais.

Isto teve início quando da epidemia de AIDS ocorrida nos anos 80 e os grupos efetivamente afetados pela doença eram os homossexuais masculinos, eram os usuários de drogas e eram os hemofílicos e, de certa forma, a doença ficou associada à homossexualidade masculina, de certa forma reforçando um estereótipo e um estigma que já existia.

Porém, como este era o grupo de risco, um grande número de países, de maneira preventiva, radical e compreensível, estes países proibiram a doação de sangue por homossexuais masculinos como uma forma de se procurar estancar, na medida do possível, uma epidemia que se espalhava de maneira descontrolada.

Mas é preciso ter em conta que isto foi há um quarto de século atrás. De lá para cá já há uma compreensão muito maior da doença e já há uma capacidade de se controlar o sangue a ser fornecido muito maior, de modo que o que talvez possa ter se justificado pelo princípio da precaução, lá atrás, diante do avanço da compreensão da doença e da sofisticação dos exames laboratoriais hoje feitos, poderia já não mais se justificar.

E aqui eu gostaria de, também brevemente, ter um capítulo em que se considerassem os diferentes interesses que estão em jogo aqui; na verdade os dois pratos dessa balança. De um lado, eu penso, não há qualquer dúvida de que a Portaria do Ministério da Saúde e a Resolução da Anvisa claramente criam uma situação de desequilíbrio em relação aos homossexuais masculinos. Esse é, penso eu, é... um fato, é... fora de dúvida.

Por outro lado, portanto, a queixa é legítima. Há uma norma que trata de maneira discriminatória um determinado grupo. Na vida há situações em que existem, existe tratamento discriminatório com base em um fundamento legítimo e razoável. É isto que nós vamos explorar em seguida.

Mas, portanto, num lado da balança está a queixa plausível de que há uma discriminação há um grupo que já é historicamente estigmatizado. No outro prato da balança, eu penso que também está o interesse público legítimo de se proteger a saúde pública, em geral, e de se proteger a saúde pública, a saúde dos receptores de sangue doado e, portanto, de transfusão de sangue do outro lado.

Portanto eu não acho, nem o eminente Relator achou, nem tampouco o Ministro Alexandre de Moraes, que nós estivéssemos diante de um ato normativo do poder público deliberadamente voltado a discriminar gratuitamente um seguimento social. Eu não penso isso e acho que seria uma injustiça alguém afirmar que a intenção fosse uma intenção discriminatória.

Como eu pretendo concluir, o resultado foi discriminatório, a consequência objetiva foi, mas acho que a intenção era uma intenção legítima de proteção da saúde pública.

E eu coloquei as duas questões, há duas coisas na vida que acho que são muito ruins. Uma é a discriminação, você desequiparar pessoas sem um fundamento legítimo. A outra é a demagogia, que é você tomar decisões que tragam malefícios no futuro para receber o aplauso fácil e imediato no presente, o que também seria muito ruim.

O que eu acho que aconteceu aqui foi uma evolução do conhecimento e uma evolução da ciência que superaram compreensões que se estabeleceram a algum tempo atrás.

Portanto eu acho que a defesa do interesse público pode permitir a imposição de medidas gravosas e restritivas a determinados direitos fundamentais. Mas quando isso acontece, quando em nome do interesse público se impõe uma restrição a um direito fundamental, o que é preciso verificar é se essa restrição atende a um critério de proporcionalidade. É o padrão mundial adotado na maior parte dos países do mundo, quando você vai verificar se a restrição a um direito fundamental com base em interesse público é legítima, você verifica o limite dos limites, você verifica se os parâmetros adotados para a restrição daquele direito são proporcionais, numa matéria em que é vedado o excesso. Ou seja, se houver uma possibilidade menos gravosa de restrição a um direito, ela deve preferir à possibilidade mais gravosa.

O mandamento da proporcionalidade é o padrão mundial, nos Estados Unidos eles adotam uma especificidade nessas matérias de discriminação que é o que se chama o escrutínio estrito, ou *strict scrutiny*, que é: você precisa demonstrar a imprescindibilidade daquela restrição para que ela possa ser aceita como válida; sobretudo quando a restrição produz um impacto discriminatório.

Portanto esta é, brevemente, o que eu considero a teoria. Há dois interesses legítimos em jogo, a restrição de um direito fundamental em favor de um interesse público, no caso a saúde pública, precisa obedecer ao princípio da proporcionalidade.

No caso específico, proporcionalidade se manifestando como vedação do excesso. Se houver algum mecanismo menos gravoso ao direito fundamental, ele deve preferir àquele que tenha sido adotado na eventual normativa.

Portanto eu passo ao capítulo final do meu voto, curto, porque, em última análise eu estou acompanhando o eminente Relator, apenas fiz considerações. Sua Excelência explorou com imensa proficiência o tema da dignidade da pessoa humana e, portanto, não havia sentido em que eu percorresse a mesma trajetória, mas eu subscrevo o que Sua Excelência disse em relação a esses tópicos e me pareceu mais próprio, para demonstrar o meu ponto, percorrer este caminho de demonstrar os interesses em jogo e como eu acho que eles devem ser ponderados.

Por que, Presidente, que eu estou assentando a inconstitucionalidade dos dois atos normativos, por considera-los desproporcionais, ou por considerar que eles desproporcionalmente restringem direitos fundamentais da comunidade LGBT, especialmente dos homossexuais masculinos?

Veja, Vossa Excelência, são duas as razões. A primeira, e mais importante, é que pelos atos normativos impugnados, o período de aptidão é de 12 meses. Portanto o homossexual masculino não poderá doar sangue se tiver tido uma relação sexual nos últimos 12 meses.

Pois bem, este critério dos doze meses, ele não se sustenta e ele é claramente excessivo. Se o problema, como diz o Ministério da Saúde e como diz a Anvisa, é a tal janela imunológica, porque em relação a todo o período, tudo o mais, o exame laboratorial é capaz de detectar, a regra que impõe o dever de abstinência por 12 meses – ou seja, impede o desfrute de uma vida sexual normal –, é absolutamente desnecessário e a necessidade para atingir um determinado resultado é um dos componentes da ideia de proporcionalidade.

Portanto se fora do período da janela imunológica o exame laboratorial elimina o risco do falso negativo, não há nenhuma razão para que eventual interdição, eventual período de inabilitação, extrapole, e ainda que se queira ter uma margem de segurança, 15 dias ou 30 dias que fossem, mas um ano peca claramente pelo excesso.

E, portanto, Presidente, eu considero em primeiro lugar que há uma violação do mandamento da proporcionalidade na dimensão da proibição do excesso porque haveria medida menos gravosa possível. Com o que eu estou dizendo, mas não estou interferindo nesta normatização, que não possa haver eventual regulamentação para prevenir a

contaminação dentro do período da janela imunológica – eu acho perfeitamente possível, eu acho que pode e acho que talvez deva –, mas esta normativa peca claramente pelo excesso.

E aí, Presidente, embora haja muitos países, alguns desde a década de 80 que adotam o critério da proscrição da possibilidade de doação de sangue por homossexuais, o que é profundamente estigmatizante, porque a doação de sangue, como regra geral, é um ato de desprendimento, é um ato de abnegação...

Eu bem percebi, o Ministro Alexandre de Moraes observou um ponto, que por vezes as pessoas fazem a doação de sangue um pouco para ter o teste. É bem verdade que o Sistema Único de Saúde já oferece, de forma universalizada, o teste contra a AIDS. Mas eu até aceito e admito a possibilidade de alguém, procurando fugir do estigma, faça a doação do sangue para ter o teste sem ter que declinar a sua condição. Mas acho que isto estaria longe de ser a regra geral.

Portanto o ato de doação de sangue é um ato de benemerência, é um ato de abnegação e, portanto, difícil imaginar que alguém de má fé, ou dolosamente, sujeitaria as demais pessoas ao contágio. Mas ainda que isso pudesse acontecer, eu acho que os mecanismos de exames laboratoriais e eventual disciplina deste período de janela imunológica seriam suficientes.

Portanto fui verificar que diversos países já baniram a restrição à doação de sangue por homossexuais e, dentre estes países, eu destaquei o caso da Espanha, em que não existe qualquer restrição a doação de sangue por homossexuais e, naquele país, não se detectou nenhum caso de transmissão do HIV por transfusão sanguínea nos anos de 2014 e 2015, segundo o Boletim Epidemiológico Espanhol, a qual tive acesso pela internet. E este mesmo boletim registra que, desde 2009, a taxa de transmissão do vírus HIV por transfusão de sangue na Espanha varia entre 0 e 0,1%, que são percentuais muito semelhantes aos que são verificados no Brasil no mesmo período.

E também em relação ao México, para ter um exemplo de país latino-americano onde também não há, onde tampouco há restrição à doação de sangue por homossexuais, os dados fornecidos pelo governo mexicano registram que, desde 2009, não se verificou qualquer caso de transmissão do vírus HIV pela via sanguínea, tendo-se registrado a taxa de 0% de contaminação por transfusão de sangue.

Ainda na América Latina, a Colômbia tinha um banimento semelhante ao nosso que foi igualmente derrubado pela Corte Constitucional.

Portanto, Presidente, eu estou, por estas todas razões, pedindo vênua ao Ministro Alexandre de Moraes na parte em que diverge, e aderindo ao voto sensível, inspirado, extremamente delicado e que produz o resultado que me parece adequado, o eminente Ministro Luís Edson Fachin, para considerar os atos normativos impugnados inconstitucionais, por importarem em restrição discriminatória desproporcional a um grupo já estigmatizado.

Sendo essa a minha conclusão, eu apenas registro, uma vez mais, que penso que os órgãos de saúde, o Ministério da Saúde e a Agência de Vigilância Sanitária, se acharem próprio, podem normatizar mecanismos de prevenção não discriminatórios, mas mecanismos legítimos de prevenção relativamente à janela imunológica.

Portanto eu estou acompanhando o Relator, Sra. Presidente.

Ministra Cármen Lúcia: Agradeço a Vossa Excelência. Ministra Rosa Weber.

Ministra Rosa Weber: Sra. Presidente, saúdo a todos, cumprimento especial ao eminente Relator, Ministro Luís Edson Fachin, que como sempre nos brindou com um belíssimo voto.

O tema já foi explanado com toda clareza, é um tema, mais uma vez, delicado que se põe à jurisdição constitucional, porque se está a questionar nessa ADI a validade, ou a rigidez constitucional, de dois dispositivos. Um de uma Resolução Colegiada da Anvisa, que é o artigo 25, inciso XXX, alínea *d*, da Resolução 34 de 2014 e o outro dispositivo de portaria do Ministério da Saúde, artigo 64, inciso IV, Portaria 158 já de 2016.

Estes atos normativos impugnados, como também já foi exposto com muita clareza, eles estabelecem a inaptidão temporária para doação de sangue por homens que mantiveram relações sexuais com outros homens nos 12 meses anteriores ao ato. Doze meses estes que constituem, como também muito bem explicitado pelo Ministro Alexandre, pelo Ministro Roberto, a chamada janela imunológica.

A justificativa técnica da Anvisa e do Ministério da Saúde, também acabou de lembrar o eminente Ministro Luís Roberto, é de que a relação sexual entre homens implicaria, constituiria uma conduta de risco. Então, dentro dos limites que lhes cabem, de regramento e regulamentação da matéria, estes homens estariam afastados e teriam a sua inaptidão para a doação sanguínea, vedada ou declarada neste período.

Esta Corte Constitucional não tem capacidade para afirmar a validade, ou não, dos dados técnicos que são trazidos nesta área. O que temos que examinar é se, à luz da nossa

Constituição, a forma do regramento e os seus resultados implicaram, ou não, em afronta aos princípios e preceitos constitucionais.

Tal como o eminente Relator, na linha do parecer da Procuradoria Geral da República, pedindo vênua na parte em que divirjo do eminente Ministro Alexandre, eu entendo, sim, que essas normas impugnadas promovem, em seu resultado, um tratamento discriminatório quando elas elegem como critério de inaptidão a orientação sexual do doador e não a conduta de risco. Porque, a rigor, desconsideram, por exemplo, o uso de preservativo, ou não, o fato de o doador ter, ou não, um parceiro fixo que, a meu juízo, faria toda a diferença para efeito de definição de uma conduta de risco nos moldes em que foi posta.

Então essa orientação, inclusive, parece-me encontraria dificuldades no exercício de uma jurisdição constitucional que concluiu, por exemplo, pelo reconhecimento das uniões homoafetivas.

Então há sim que, repito, à luz da Constituição e no exercício da jurisdição constitucional, compatibilizar essas normas todas e ao exame, na minha ótica, repito, concluir por desatendido o princípio da proporcionalidade na maneira como posta e como regradada a questão.

Por isso, com as achegas do Ministro Luís Roberto, eu acompanho na íntegra o voto do eminente Relator. Conheço da ação e a julgo procedente.

Vou juntar voto escrito aos autos, Presidente.

Ministra Cármen Lúcia: Agradeço a Vossa Excelência. Ministro Luiz Fux.

Ministro Luiz Fux: Sra. Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Srs. advogados e estudantes presentes.

Sra. Presidente, essa é uma causa de extrema complexidade que sobre sobrepõem duas questões bem atuais no direito constitucional. Uma delas é, exatamente, referente às escolhas trágicas que uma Corte Constitucional deve fazer e a segunda questão diz respeito à capacidade institucional, a ausência de expertise para nós decidirmos uma questão que escapa ao nosso conhecimento enciclopédico, que já abarca, mais ou menos, 14 mil leis, incluindo aí 4 milhões de artigos. Então já saber isto, no dever de ofício, já está de bom tamanho, mas nós aqui estamos num campo, numa seara interdisciplinar.

A capacidade institucional, segundo a visão de quem foi um dos criadores dessa expressão, Professor Cassius Stein³³, ela se põe quando há espaços vazios. E aqui, tanto pela leitura voto do Ministro Alexandre, ou pelo belíssimo voto do Ministro Edson Fachin, um voto sensível, profundo, erudito, nós verificamos que há uma legislação bastante extensa sobre o tema, o que diminui um pouco a nossa preocupação com a denominada capacidade institucional.

E eu, já *a priori*, eu afirmo que não há, na verdade... o melhor critério, no meu modo de ver, não é, evidentemente, grupo de risco; é conduta de risco. Então a minha opção seria, exatamente, pela conduta de risco que, se não me falha a memória, ela é uma das razões que o Ministro Edson Fachin utilizou na sua longa digressão para chegar à conclusão que este dispositivo erra, ele viola o princípio da não discriminação.

Então é muito importante, sobre este enfoque, essa leitura da Resolução 2034 da ANVISA, que é objeto do controle concentrado de constitucionalidade. O que diz o artigo 25, *caput*, e seu inciso XXX? O artigo 25, *caput*, diz: “O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doador estabelecidos pelo Ministério da Saúde”. Então, nossa capacidade institucional está suprida pelo Ministério da Saúde. Inciso XXX – e aqui eu chamo atenção para a redação deste inciso e o porquê da desnecessidade da alínea *d*, porque a alínea *d*, realmente, ela cria uma discriminação em relação aos homossexuais –, então o inciso XXX: “Os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmitidas pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de doze meses após a prática sexual de risco, incluindo-se [...]” e aí a alínea *d* inclui os homossexuais.

Então eu observo que, efetivamente, ao invés de o legislador secundário ter eleito a conduta de risco, ele elegeu um grupo de risco à luz da sua orientação sexual, como muito bem destacou a Ministra Rosa, já foi, digamos assim, um critério conjurado pela Corte em várias e várias soluções judiciais que aqui nós adotamos.

E eu chego à conclusão, à luz dessa alínea *d*, que a premissa, a premissa desse legislador, que eu chamo de secundário porque o Ministro Alexandre mencionou uma série de leis de caráter primário, a premissa é de que a maioria dos homossexuais seria

³³ Nota sobre a transcrição: sobrenome incluído pelo fonema, uma vez que as referências da internet conduzem a um musicista e não um acadêmico da área de direito constitucional, por exemplo. Isso porque mesmo em buscas com critérios combinados “Cassius” e/ou “capacidade” “institucional” e/ou “capacidade institucional”, não encontrei a pessoa a qual o ministro se refere.

portadora de HIV, quando, na verdade, hoje as pesquisas indicam que os homossexuais têm muito mais cuidado e que, hoje, o aumento da infecção por HIV se dá, exatamente, em relação aos heterossexuais.

E eu trago aqui, já foram mencionados, Ministro Fachin, Ministro Alexandre, eu trago aqui dados científicos, são os mesmos dados que já foram aqui mencionados e que, digamos assim, corrobora essa afirmação de que, desde 2003, há mais casos notificados de infecção por HIV entre homens heterossexuais do que homossexuais.

Trago também essa, essa informação desse grande infectologista brasileiro, David Uip, alguns chamam de *David Uip*, mas é uma referência mundial para o nosso gáudio, e chego também à conclusão que outros países evoluídos também concluem nesse sentido. Eu consegui colher um aresto do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso Geoffrey Léger, em que havia uma diretiva da comunidade europeia exatamente criando estes impedimentos de doação de sangue por homossexuais. E o Tribunal de Justiça da União Europeia conjurou essa regra, exatamente, porque ela era desatenta ao princípio máximo da proporcionalidade, da razoabilidade, como aqui foi destacado pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

E eu também faço uma análise sobre a desproporcionalidade dessa, desse prazo de *probation* de 12 meses, muito embora não exclua, só reduz o texto em relação a esses 12 meses, mas entendo que a Resolução da Anvisa, quando menciona práticas, práticas de risco ou condutas de risco, ela abrange muito mais do que relações entre homossexuais e aí a proteção, no meu modo de ver, é uma proteção absolutamente proporcional. Ela só se manifesta desproporcional exatamente com relação a esta janela imunológica.

E eu aqui também pude constatar que a redução da janela imunológica de infecção, ela viabiliza que um prazo bem menor, de aproximadamente 15 dias, os reflexos laboratoriais do HIV podem ser detectados clinicamente. Este mesmo prazo se aplica, por exemplo, com relação à hepatite C ou com relação às outras doenças. Mas há, no entanto, casos de que a proibição de 12 meses efetivamente se revela extremamente excessiva.

E aqui então eu também menciono alguns países que tive oportunidade de pesquisar, principalmente Japão e na África do Sul, que a proibição é bem menor, uma proibição de 6 meses. Mas pelos dados do direito comparado, da medicina comparada, o excesso desse prazo ele é absolutamente inequívoco e, com isso, ele... quer dizer, o Brasil se afasta de todos os modelos mais modernos do mundo e até modelos próximos, de países

próximos a nós. Argentina, Chile, Uruguai, Colômbia e, da Europa, Itália, Portugal, a Espanha e, ainda, o México e a Itália e a Rússia, também.

Agora, o que mais me chama atenção é que há questões interdisciplinares que não reclamam capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal, apenas informações objetivas. E as informações são muito alarmantes, porque criar obstáculos para a doação de sangue, no nosso país, é algo extremamente deletério.

Hoje, 1,5% da população brasileira doa sangue e há uma carência enorme de sangue nos bancos de sangue que atendem pessoas em estado, assim, que sugerem a utilização imediata da transfusão.

Por outro lado, Sra. Presidente, quer dizer, diante destes excessos, diante de tudo quanto já expôs o Ministro Edson Fachin, à luz dos princípios constitucionais agora reforçados pela Ministra Rosa Webber e pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, eu entendo que também devemos analisar esse tema à luz do ideário da nossa nação, que é a nossa Constituição Federal. E a Constituição Federal, ela se propõe a criar um país em que haja uma sociedade solidária e aqui não há – claro que há outros –, mas há uma manifestação de caridade, de solidariedade ou até de cidadania no ato da doação de sangue. Porque nós não podemos doar todo o nosso sangue, mas nós podemos doar uma parte que falta a alguém.

Então sob esse ângulo interdisciplinar ou jusfilosófico de que é impregnada a nossa Constituição e eu sugiro que nós adotemos como critério, que ao mesmo tempo defende o interesse público, defende a coletividade e não discrimina, a adoção da conduta de risco e não do grupo de risco. Exatamente porque a conduta de risco, ela preserva a sociedade e, ao mesmo tempo, permite que esses atos que encerram a construção de uma sociedade solidária sejam realizados.

Então de tudo quanto eu li, sob o ângulo dogmático e sob o ângulo disciplinar, eu gostaria de propor – e eu não sei se isto se encaixa perfeitamente dentro do voto de Vossas Excelências, porque aí eu acompanharia integralmente – que se adotasse, ainda que seja na *ratio decidendi* ou na tese que vai se fixar, a conduta de risco e a janela imunológica que vier ser fixada pelo, é... pelo legislador, com sua própria expertise e com a nossa deferência que devemos, para, exatamente, se for possível, dentro do voto do Ministro Edson Fachin, acompanhá-lo integralmente, porque eu me volto não contra o artigo inteiro; eu chancelo, eu prestigio essa norma quando ela, no inciso XXX, ela estabelece prática sexual de risco. Essa é que é a grande questão que pode repercutir no âmbito da

saúde pública. E a beleza do voto do Ministro Edson Fachin, que trouxe aqui passagens da filosofia, passagens em relação ao direito, uma das passagens mais bonitas que eu li, para encerrar aqui o meu voto, e que me chamou atenção é do autor Helgir Girodo, que acenta: “A cruz, Jesus permitiu que três pregos perfurassem o seu corpo para doar a última gota de sangue em prol da salvação de toda a humanidade”.

Então entendo, Sra. Presidente, que se nós nos adstringirmos à prática das condutas de risco, nós estaremos aqui, neste Tribunal, sem necessidade da nossa capacidade institucional, plasmando uma decisão que, ao mesmo tempo, ela é justa e caridosa, fazendo também uma caridade justa.

Eu proporia...

Ministro Ricardo Lewandowski: Eu tenho uma pergunta a Vossa Excelência.

Ministro Luiz Fux: Pois não.

Ministro Ricardo Lewandowski: Eu saúdo Vossa Excelência pelo brilho do voto que trouxe. Eu estou entendendo que, na medida em que Vossa Excelência está trazendo um novo conceito, que são os grupos de risco, Vossa Excelência, a meu ver... conduta de risco, Vossa Excelência certamente, como consequência, está propondo que as autoridades sanitárias façam exame prévio.

É necessário fazer um questionário para saber se a pessoa está ou não enquadrada nessa conduta de risco e, aí, aplica-se a quarentena correspondente a ela.

Se essa for a solução de Vossa Excelência, eu não me oporia, porque, eu... assim como disse muito bem o Ministro Barroso, também os demais que o precederam, o Ministro Alexandre de Moraes, nós temos valores distintos a ponderar igualmente respeitáveis.

Nós temos, de um lado, a questão da saúde pública, a proteção, enfim, de todos aqueles que vão receber sangue, e que são muitos e cada vez em número crescente e, de outro lado, nós temos, claro, o postulado da dignidade humana, o princípio da não discriminação e nós temos obrigação de encontrarmos, aqui, um meio termo entre estes interesses igualmente válidos.

Quer dizer, simplesmente afirmar que esta expressão que se contém na alínea *d* é uma expressão discriminatória e deve ser expungida da Portaria e da Resolução não resolve o problema da saúde pública. Quer dizer, e de outro lado eu penso que é temerário, e nós não temos a capacidade institucional, como disse o eminente Ministro Luiz Fux, de definirmos qual é o prazo dessa janela imunológica, em que o vírus não é detectado. Nós

não somos médicos, não somos cientistas, biólogos... enfim, nós temos que delegar esta decisão importantíssima às autoridades competentes, que são as autoridades sanitárias.

Simplesmente optar por uma decisão ou por outra decisão, sem resolver o problema, eu, com todo o respeito, penso que é uma certa temeridade de nossa parte. Nós temos de dar uma resposta à sociedade. Quer dizer... uma coisa é nós trabalharmos no plano teórico, no plano acadêmico dos direitos humanos – não estou dizendo que nós estejamos neste plano, necessariamente, nós temos sido sempre muito pragmáticos –, mas se o eminente Ministro Luiz Fux estiver propondo uma saída nesta linha, ou seja, entendermos que existem, sim, e de fato esta é a realidade, comportamentos de risco e que impedem que se doe sangue imediatamente sem o respeito de uma janela imunológica a ser definida pelas autoridades competentes, eu me adequo ao voto de Sua Excelência ou, desde logo, adiro, que, no fundo, é um pouco também o voto do Ministro Alexandre de Moraes que concilia a sua posição com tudo aquilo que...

Ministro Luís Roberto Barroso: Ministro Lewandowski, há uma pequena divergência...

Ministra Cármen Lúcia: Ministro, só se Sua Excelência me permitir...

Ministro Luís Roberto Barroso: Pois não, claro.

Ministra Cármen Lúcia: Por favor. Apenas porque, ao finalizar o voto, Ministro Fux, e para que se tenha clareza do que cada qual está votando, porque o Ministro Fachin julgou procedente e foi acompanhado integralmente pelo Ministro Barroso, pela Ministra Rosa, até agora, claro.

E o Ministro Alexandre de Moraes julgou parcialmente procedente, com redução de texto, com declaração de nulidade de uma expressão que vai no inciso XXX do artigo 25 da Resolução, o texto é: “os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados”, Vossa Excelência para aí, reduz “e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente, por um período de doze meses, após a prática sexual de risco, incluindo-se [...]” e aí propõe a interpretação conforme da alínea *d*.

Vossa Excelência afirma, ao final do seu voto, e isto apenas querendo...

Ministro Luiz Fux: Aduzir, né?

Ministra Cármen Lúcia: Parafrasear, para deixar claro, que se – e Vossa Excelência estava questionando o Ministro Relator –, parasse em doze meses e deixasse apenas “prática sexual de risco”, o que é diferente do que o Ministro Lewandowski agora argui, me parece, uma pequena diferença...

Ministro Luiz Fux: Não, ele está concordando comigo, que eu estou...

Ministra Cármen Lúcia: É, exatamente.

Ministro Luiz Fux: ... interpretando o que Sua Excelência está dizendo.

Ministra Cármen Lúcia: Eu estou, exatamente, querendo ser fiel, até para apuração, ao que Vossa Excelência diz. Quer dizer, no voto de Vossa Excelência haveria, sim, também a redução, tal como proposto pelo Ministro Alexandre de Moraes?

Ministro Luiz Fux: Eu, parcialmente procedente para excluir, aqui, a alínea *d*...

Ministra Cármen Lúcia: E haveria redução...?

Ministro Luiz Fux: A redução do prazo que a legislação...

Ministra Cármen Lúcia: Do texto que se refere ao prazo...

Ministro Luiz Fux: Isto, que a legislação competente...

Ministra Cármen Lúcia: Que deixaria as normas... mas...

Ministro Luiz Fux: E tirar a alínea *d*, reduzir também...

Ministro Luís Roberto Barroso: Mas eu acho... posso fazer um comentário, Presidente? No meu voto eu acompanhei o Ministro Fachin porque eu considero procedente o pedido e acho que a cláusula que fala em indivíduos do sexo masculino que tiverem relações sexuais com outros indivíduos inconstitucional.

O que eu disse no meu voto, e aparentemente o Ministro Fux concorda, mas talvez a gente possa conciliar com o Ministro Fachin, é que o risco que existe é o da janela imunológica e, portanto, aqui há um excesso na referência...

Ministra Cármen Lúcia: De doze meses, sim.

Ministro Luís Roberto Barroso: ... a doze meses. E que, portanto, eu disse, em *obiter dictum*, que acho que a Agência Nacional de Saúde ou o Ministério da Saúde podem, e talvez devam, normatizar condutas de risco que protejam da janela imunológica. Mas este texto aqui é inconstitucional e acho que o Ministro Fux concorda...

Ministra Cármen Lúcia: Exatamente. Mas Vossa Excelência reduz e o Ministro Barroso, acompanhando o Ministro Fachin, não reduz; apenas declaram inconstitucional. Não preserva...

Ministro Luís Roberto Barroso: A alínea *d*, mas todo mundo...

Ministra Cármen Lúcia: Não, não...

Ministro Luiz Fux: Eu tô achando... eu tô perguntando se o Ministro Fachin, se Vossa Excelência também eliminou do ordenamento o inciso XXX inteiro.

Ministro Edson Fachin: Na verdade não, porque esse esclarecimento, ele é composto de diversas alíneas. O voto que propus, tal como Vossas Excelências o receberam, eu tive a oportunidade de expor na sessão anterior, enfrenta o pedido que diz respeito à alínea *d* do inciso XXX. Este inciso XXX é composto das alíneas de *a* a *g*, portanto...

Ministra Cármen Lúcia: A XXX, o Ministro, Vossa Excelência manteve...

Ministro Edson Fachin: Não houve pedido, acerca desse aspecto...

Ministra Cármen Lúcia: Não houve pedido... é a alínea *d* que ele declara inconstitucional.

Ministro Edson Fachin: E as condutas de risco o Ministro Fux tem toda a razão, eu me referi a elas expressamente no voto. O estabelecimento de grupos de risco, e não de condutas, incorre em discriminação.

Ministra Cármen Lúcia: Que o Ministro Barroso expressamente falou...

Ministro Edson Fachin: Por isto julguei improcedente a ação, como proposta, para declarar a inconstitucionalidade da alínea *d* do inciso XXX deste artigo que aqui está...

Ministra Cármen Lúcia: 25.

Ministro Edson Fachin: 25, o artigo 25, que aqui está...

Ministro Ricardo Lewandowski: Eu entendi que o Ministro, Vossa Excelência invocou o artigo 30 da Resolução que, justamente, trás uma proteção à sociedade na medida em que impõe as condutas de risco com certo escrutínio...

Ministro Luiz Fux: É isto.

Ministro Ricardo Lewandowski: E esse escrutínio nós não estamos aptos a fazer.

Ministro Edson Fachin: E não estamos fazendo, segundo meu voto, pelo menos.

Ministro Alexandre de Moraes: Ministro, permite? Ministro Fux, se eu entendi o voto de Vossa Excelência, eu havia até, para me restringir ao pedido, tirando os 12 meses porque, em verdade, esses 12 meses são discriminatórios em relação a homens que fazem sexo com homens, também são discriminatórios em relação a homens que fazem sexo com várias mulheres...

Ministro Luiz Fux: Tô no campo da proporcionalidade.

Ministro Alexandre de Moraes: Só pra... aí o que eu entendi de Vossa Excelência, eu havia retirado esses 12 meses e colocado a questão da janela. O que eu entendi de Vossa Excelência, parece que foi o que o Ministro Lewandowski também entendeu, é que Vossa Excelência amplia isso, dizendo que na questão das condutas de risco não tem os 12

meses, mas tem que ver a janela... não é exatamente isso? Se for isso, eu não tenho nenhum problema em acompanhar...

Ministra Cármen Lúcia: Só que essa janela...

Ministro Luís Roberto Barroso: Na verdade há uma distinção. Eu estou mantendo como está e dizendo que a Agência, o Ministério da Saúde podem e devem. O Ministro Alexandre foi além e fez uma proposta de normatização. Eu não faço proposta de normatização.

Ministra Cármen Lúcia: Sim, mas mais que isso. Vossa Excelência não deu a interpretação conforme; acompanhou o Ministro que julgou improcedente a alínea *d*, enquanto o Ministro julga parcialmente procedente, é porque ele dá uma interpretação à alínea *d*.

Ministro Luís Roberto Barroso: Não, eu entendi. O voto do Ministro Fux é que eu estou na dúvida agora, se... porque se não mexe no 30, ele tira a alínea *d*, ele está julgando procedente, tal como o Relator.

Ministra Cármen Lúcia: Tal como o Relator.

Ministro Ricardo Lewandowski: Mas eu entendi – desculpe –, eu estou entendendo... Na verdade o que parece ofensivo e atentatório à dignidade da pessoa humana é essa expressão que diz respeito aos homossexuais, ou às relações homossexuais. Mas se nós dermos uma interpretação conforme a essa alínea *d*, dizendo que, ao invés de se...

Ministro Luiz Fux: Não é à alínea *d*.

Ministro Ricardo Lewandowski: Não, é a alínea *d* da portaria.

Ministro Edson Fachin: Não, aqui está a nossa divergência.

Ministra Cármen Lúcia: (ininteligível)

Ministro Ricardo Lewandowski: Onde se lê relações homossexuais, se leia condutas de risco. É isso.

Ministro Luiz Fux: Já tá lá em cima...

Ministro Ricardo Lewandowski: Porque nós temos que proteger a sociedade de alguma forma. E aí a conduta de risco é quem tem *piercing*, tatuagem, quem foi preso por mais de 72 horas. É Isto, são condutas de risco...

Ministro Alexandre de Moraes: Amplia a minha proposta...

Ministro Ricardo Lewandowski: Eu mesmo não posso doar sangue e não me sinto discriminado. Eu tô proibido de doar sangue. Então não é porque eu sou...

Ministro Luís Roberto Barroso: Mas nós não estamos mexendo nisso. Nós só estamos mexendo...

Ministra Cármen Lúcia: Na alínea *d*.

Ministro Alexandre de Moraes: Mas podemos mexer, não estamos agora.

Ministro Ricardo Lewandowski: Nós temos que ser, data vênia, consequentes. Quer dizer, nós temos que ter consequência, tem que ter resultado. Porque nós não estamos no plano acadêmico. Substituir uma expressão ou retirar uma expressão e deixar a sociedade desprotegida, eu acho perigoso.

Ministro Luís Roberto Barroso: Presidente, eu não entendi o voto do Ministro Fux. Eu gostaria de pedir a Sua Excelência que explicasse, pra eu entender exatamente...

Ministro Luiz Fux: Basicamente nós seguimos o mesmo fundamento ideológico constitucional. Eu entendo que a alínea *d*, realmente, ela incide numa violação à não discriminação. Agora, por outro lado, a proposta que vem, quer dizer, o que nos veio pra julgar é a inconstitucionalidade do artigo 25... do artigo 25, inciso XXX, alínea *d*. Então...

Ministro Luís Roberto Barroso: É só a alínea *d*?

Ministro Luiz Fux: Alínea *d*, só a alínea *d*.

Ministra Cármen Lúcia: O pedido é só a alínea *d*.

Ministro Edson Fachin: É isto que consta do meu voto.

Ministro Luís Roberto Barroso: Só que está julgando procedente.

Ministro Luiz Fux: A única coisa que... entendemos, pelos dados comparativos, pelo que se tem hoje de acordo com alta tecnologia, que essa janela é grande... essa janela imunológica é grande.

Ministro Luís Roberto Barroso: De 10 dias. De 10 a 12 dias.

Ministro Luiz Fux: Não, hoje ela é de 10 a 15.

Ministro Luís Roberto Barroso: De 10 a 12. Aqui...

Ministro Luiz Fux: Sim, mas nós temos 12 meses.

Ministro Luís Roberto Barroso: Certo, portanto é inconstitucional.

Ministro Ricardo Lewandowski: Mas eu pergunto, será que...

Ministro Luís Roberto Barroso: Por isso o órgão de saúde é que vai disciplinar a janela imunológica.

Ministra Cármen Lúcia: O Ministro Barroso diz expressamente: “Este dispositivo não está em questão, porém não afasta a possibilidade de discutir acerca da normatividade”.

Ministro Luís Roberto Barroso: Exatamente.

Ministro Alexandre de Moraes: Eu já proponho que se interprete conforme, colocando isso.

Ministra Cármen Lúcia: As Vossas Excelências mantém a alínea *d*, dando interpretação conforme. O Ministro Barroso não, o ministro barroso julga procedente e faz a sugestão.

Ministro Ricardo Lewandowski: Eu queria fazer uma pergunta. Será que o Ministério da Saúde do Brasil e a Anvisa, em 2016 e em 2014, quando editadas as portarias, será que não estava a par dos progressos científicos relativamente aos exames no que tange ao HIV? Porque as portarias são muito recentes. Se as portarias fossem da década de 80, eu tenho aqui estudos também, poderia revelar.... Os primeiros testes contra o HIV foram de 1980, o famoso teste *Elisa*, que é aplicado até hoje. Nós estamos na quarta geração... e que estabelece, agora...

Ministro Marco Aurélio: Por isto é que a interferência em qualquer política pública deve ser minimalista. Pressupondo-se, portanto, que haja sido assentado algo a partir de reflexões, a partir de estatísticas, a partir de dados técnicos. Nós não podemos, nós não podemos nos substituir aos legisladores e dispor sobre a matéria; muito menos concluir por uma inconstitucionalidade a partir de uma visão romântica quanto à necessidade de combater-se o preconceito.

Ministro Luiz Fux: Senhora Presidente...

Ministra Cármen Lúcia: Por favor.

Ministro Luiz Fux: ...eu vou traduzir. Interpretação autêntica, sem necessidade de dar declaração. Eu entendo que o inciso XXX, ele já é suficiente, ao mencionar “prática sexual de risco”. Incluir homossexual é criar uma discriminação em relação à orientação e o grupo de risco eu acho que é um critério errôneo. No voto de Vossa Excelência tem essa expressão “conduta de risco”. Só, Senhora Presidente, que para harmonizar o julgado eu acompanho o Ministro...

Ministra Cármen Lúcia: Julgando procedente a ação, portanto, para declarar inconstitucional a alínea *d* do artigo... do inciso XXX do artigo 25 da Resolução.

Ministro Ricardo Lewandowski: Não, mas vossa excelência está fazendo um *discrímine* com relação ao voto do Ministro Fachin, porque não obstante acompanha-lo... e acompanhar, eventualmente, o Ministro Alexandre de Moraes.

Ministro Luiz Fux: Conduta de risco...

Ministro Marco Aurélio: Ministro, é muito mais, a meu ver, muito mais a discriminar. É submeter um pretendente a doação a exame prévio do que pedir a este pretendente que

simplesmente preencha um questionário que todos os cidadãos que desejam doar sangue preenchem e apontar certos dados, que nem são alardeados. É o questionário que é mantido.

Ministro Luiz Fux: Mas é assim que ocorre... aqui também é assim que ocorre...

Ministro Marco Aurélio: É que Vossa Excelência ponderou sobre o exame, a submissão ao exame...

Ministro Luiz Fux: Se o exame é prévio ou não é. Eu, sinceramente, eu tenho impressão que o exame é feito no material, antes...

Ministro Ricardo Lewandowski: Mas como é que nós vamos identificar conduta de risco? Se...

Ministro Marco Aurélio: Se uma declaração sinaliza que o pretendente a doar está numa zona de risco, evidentemente há exclusão, a quarentena prevista nas normas. E isso tudo, Presidente, vou ressaltar mais uma vez, visa à saúde pública, à saúde pública dos cidadãos em geral. E ninguém quer ser destinatário de uma transfusão sem ter uma segurança mínima, quanto à certeza, quanto ao valor, ao valor em termos de não contaminação desse mesmo sangue.

Ministro Luiz Fux: Bom, tendo em vista que também nós não podemos nos substituir ao legislador para criar...

Ministro Marco Aurélio: Como disse o Ministro Ricardo, nós temos que ser consequencialistas. Vamos pensar numa decisão a ser tomada antes de derrubarmos uma política pública que vem sendo observada – e até que observada com resultados positivos.

Ministra Cármen Lúcia: Ministro Fux.

Ministro Luiz Fux: Como nós não podemos acrescentar, dou toda razão ao Ministro Marco Aurélio, eu entendo que o inciso XXX, consagrando a vedação da doação em razão de prática sexual de risco. E as autoridades sanitárias, elas não fazem a transfusão sem examinar o material. Depois da morte do [inaudível – 57:54] não se faz mais isso.

Ministro Marco Aurélio: Há discriminação contra os homossexuais, mas não há quanto àqueles que consomem drogas, não há quanto àqueles que se dedicam, em si, à prostituição.

Ministro Luiz Fux: Pois é, mas é uma autodeclaração.

Ministro Marco Aurélio: Mas por que? Por que potencializar o fato de se excluir a doação pelo homossexual durante o período de 12 meses, a partir do momento em que ele tenha tido relação com outra pessoa do mesmo sexo, sexo masculino?

Ministro Luiz Fux: Porque eu entendo que a conduta de risco tem um sentido mais genérico e menos inconstitucional.

Ministro Marco Aurélio: Foi o que eu disse... nós precisamos, Presidente, ter presente a dualidade preconceito e ressentimento. O ressentimento não pode ser potencializado a ponto de se jogar por terra uma política pública que foi estabelecida a partir de estudos técnicos. E nós não fizemos perícia neste processo que está em mesa pra julgamento para decidimos de forma diversa, mesmo porque não poderíamos fazê-lo porque não somos legisladores positivos.

Ministro Luiz Fux: Então, seguindo essa orientação de que não somos legisladores positivos, eu entendo que o *caput* do inciso XXX é suficiente para se evitar a inserção da alínea *d*, que cria uma discriminação ostensiva, contrária à Constituição Federal. A partir de que eu entendo que essa alínea *d*, ela parte da premissa de que todo homossexual tem, é infectado pelo vírus do HIV. Parte dessa premissa...

Ministra Cármen Lúcia: Então Vossa Excelência está acompanhando integralmente o voto do Relator pela procedência da ação?

Ministro Luiz Fux: É. Depois fixe uma tese, né Ministro Fachin, que fique bem...

Ministra Cármen Lúcia: Ministro Ricardo Lewandowski, Vossa Excelência com palavra para voto.

Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, se o Ministro Luiz Fux, de certa maneira na esteira do que vinha assentando o Ministro Alexandre de Moraes, desse uma interpretação conforme aos dispositivos impugnados para que se lesse “conduta de risco” onde se lê “relações homossexuais”, eu o acompanharia sem nenhum problema, se é esta a posição. Caso contrário, Senhora Presidente, eu, até dentro desse ponto de vista do Ministro Marco Aurélio, eu me encaminharia pela improcedência.

Primeiro porque as Resoluções e a Portaria são recentíssimas, são de 2016, a Portaria, e a Resolução, 2014. Eu não acredito que as nossas autoridades sanitárias não tenham levado em consideração o progresso da ciência no que diz respeito à identificação precisa do tempo da janela imunológica. Então eu não tenho condições, porque não sou médico, não sou biólogo, não sou técnico, para dizer que a janela tem que seguir 12 meses, 6 meses, alguns dias ou não.

Então, neste grupo de risco existem outros indivíduos, existem, por exemplo, aqueles, como já disse, que tenham sido encarcerados por mais de 72 horas, que tenham feito *piercings*, tatuagens ou maquiagens definitivas, que hajam sofrido acidentes com

material biológico.... Então uma série de pessoas que se insere nesse grupo de risco que, a rigor, não há proibição de doação de sangue, como se tem aventado aqui. Há simplesmente uma quarentena temporária e, aliás, esses dois atos normativos, eles chamam esta janela de inaptidão, inaptidão é o termo técnico, mas inaptidão temporária, ninguém está proibindo ninguém. Se alguém entrou neste grupo de risco, ele ficará impedido por um certo tempo de doar sangue. Agora, se é pouco, se é muito, eu não tenho condições de saber. Eu conheço, claro, por minhas leituras acadêmicas ou até diletantes, eu sei que esse prazo diminuiu bastante; diminuiu até para um mês, segundo alguns estudos, mas eu não posso afirmar isto categoricamente.

Então eu diria o seguinte, eu acompanho o Ministro Alexandre de Moraes e o Ministro Luiz Fux se eles estiverem dando interpretação conforme aos dispositivos impugnados.

[interrupção não identificada e inaudível – 1:02:48]

Ministro Ricardo Lewandowski: Seria esta, substituir esta expressão “relações homossexuais” que está causando uma série de... por conduta de risco.

Ministro Marco Aurélio: Veja a situação do leigo que se apresenta para doar sangue. Ele como definirá uma doação de risco?

Ministro Ricardo Lewandowski: Ele tem que responder o questionário.

Ministro Marco Aurélio: Mas o questionário, tal como redigido...

Ministro Ricardo Lewandowski: Ele teve um acidente biológico, fez *piercing*, foi preso? Ele tem que responder uma série de coisas.

Ministro Marco Aurélio: Tatuagem...

Ministro Ricardo Lewandowski: Teve relações sexuais sem preservativo? Então ele se coloca numa conduta de risco.

Ministro Alexandre de Moraes: Ministro, permite?

Ministro Ricardo Lewandowski: Pois não.

Ministro Alexandre de Moraes: O artigo 64, ele diz: “considerar-se-á inapto, temporário por 12 meses, o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo”, vem várias abaixo. A impugnação foi, somente, do inciso IV: “homens que tiverem relações sexuais com outros homens e/ou parceiras sexuais destes”. A impugnação, e disse o Ministro Barroso, foi só, exatamente, isso. Mas a impugnação já foi errada desde o início. Porque se impugnou a norma terciária.

Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência disse, muito bem, que essa previsão decorreu de dados concretos quanto ao HIV.

Ministro Alexandre de Moraes: Exatamente. Agora, as outras... e aí eu acho que a proximidade, como o Ministro Lewandowski e que começou, também, com o Ministro Fux foi que a questão aqui seria que, deixando para a parte médica estabelecer a janela... pros, não grupos de risco, as condutas de risco, não só condutas de risco de homem com outro homem, mas também, por exemplo e cito aqui, quem foi vítima de estupro, a janela é a mesma. Hoje, quem foi vítima de estupro, só daqui a 12 meses pode doar sangue. Se a ciência comprovar, igual no caso de relações homem com homem, que em 5 semanas pode, por que não dar interpretação conforme que todas essas exposições do artigo 64, que hoje exigem 12 meses, na verdade passam a exigir a janela necessária pra ciência dizer que aquele sangue não tem problema?

Ministro Marco Aurélio: Qual é a janela, Ministro? Qual é a janela? Qual será a definição de janela?

Ministro Luís Roberto Barroso: Só foi debatida a questão dos homossexuais masculinos, não tem sentido a mexer no que não foi pedido nem discutido.

Ministra Cármen Lúcia: Não foi objeto...

Ministro Alexandre de Moraes: Mas o pedido já foi errado, Ministro Barroso. O pedido foi terciário.

Ministro Luís Roberto Barroso: A gente vai julgar sem contraditório?

Ministra Cármen Lúcia: Mas foi o pedido que se apresentou.

Ministro Ricardo Lewandowski: [inaudível – 1:05:40] por arrastamento nós podemos, então, substituir, deixar apenas o *caput*, ou seja, considerando as condutas de risco e a pessoa que sofreu uma prática de estupro, evidentemente, está sendo discriminada.

Ministro Luís Roberto Barroso: Presidente, eu só estudei a questão da discriminação aos homossexuais masculinos. Portanto meu voto está confinado ao que foi pedido, discutido e objeto de contraditório.

Ministra Cármen Lúcia: E que o Relator delimitou.

Ministro Luís Roberto Barroso: Eu não vou nem mexer numa Portaria ou numa Resolução complexa em itens que não foram debatidos.

Ministro Alexandre de Moraes: Presidente, o meu voto, adequado ao do Ministro Lewandowski, está estendendo a todas as situações discriminatórias; não a uma única situação.

Ministra Cármen Lúcia: Sim. Pois não, Ministro Lewandowski.

Ministro Ricardo Lewandowski: É isso, Senhora Presidente, se o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, me dá uma interpretação conforme para incluir todas as condutas de risco, eu acompanho a divergência e...

Ministro Alexandre de Moraes: Exatamente.

Ministra Cármen Lúcia: É exatamente este o voto do Ministro...

Ministro Ricardo Lewandowski: ...creio que estou acompanhando, também, o voto do Ministro Fux.

Ministra Cármen Lúcia: Não, o Ministro Fux acompanhou o relator pela procedência do pedido.

Ministro Ricardo Lewandowski: Uai, então os *obiter dictum* de Sua Excelência ficaram absolutamente...

Ministra Cármen Lúcia: Eu tenho que apurar o que foi o voto dele. Ele afirma...

Ministro Luiz Fux: Que o *caput* resolve o problema. O *caput* fala em prática sexual de risco.

Ministra Cármen Lúcia: Por isto é que ele julgou procedente, Ministro Marco... desculpa, Ministro Lewandowski.

Ministro Alexandre de Moraes: Ministro Fux, só uma dúvida então. Precisa dos 12 meses ou só síndrome?

Ministro Luiz Fux: Essa lista [inaudível – 1:07:18]...

Ministro Alexandre de Moraes: Não, a lista é *numerus clausus*, a lista é...

Ministro Luiz Fux: Quer dizer que se tiver alguém não incluído aí...

Ministra Cármen Lúcia: Ministro Fux, então, julgou procedente acompanhando o Relator...

Ministro Ricardo Lewandowski: Vou acompanhar a divergência, então, data vênia.

Ministra Cármen Lúcia: Pois não. Senhores Ministros, eu peço licença e peço ao ministro Celso de Mello para que ele me substitua temporariamente porque há uma emergência que eu preciso atender no gabinete. (1:07:49)

Pleno - Iniciado julgamento de ADI sobre doação de sangue por homossexuais (1/2)

57:25

Ministra Carmen Lúcia: Convido a falar, pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Dra. Patricia Gorisch. Vossa Excelência tem até cinco minutos para se pronunciar e está com a palavra.

Patricia Gorisch: Obrigada.

Boa tarde, Excelentíssima Sra. Presidente, Sr. Relator, Sra. Ministra, os demais Ministros, Procuradora Geral da República, colegas advogados e alunos.

Represento o Instituto Brasileiro de Direito de Família, através da Comissão de Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo e, pra mim, é bastante especial estar aqui hoje, porque eu sou doadora de sangue. Eu sou mulher branca, heterossexual e toda vez que eu vou doar sangue, lá na minha cidade de Santos, eu saio com o seguinte adesivo: “Você salvou quatro vidas”. E como isso é importante pra mim enquanto cidadã; eu me sinto parte do todo, eu me sinto parte e ajudando pessoas.

Esse direito é ceifado das pessoas homossexuais e bissexuais. Pelo simples fato que a ANVISA e o Ministério da Saúde partem da seguinte premissa, de que estas pessoas são promíscuas. Esse tipo de apontamento é totalmente retrógrado e a gente tem dados aqui.

O próprio presidente da UNAIDS, que é o braço da ONU pra questão do HIV/AIDS, ele reafirmou a questão da revolução da prevenção. Temos que atacar na anamnese, na entrevista da pessoa. Porque a promiscuidade é de alguns seres humanos e não, necessariamente, da orientação sexual de um ou de outro.

Além disso, é importante destacar, Presidente, no seu voto da ADPF 132, que reconheceu a entidade homoafetiva, a Sra. Colocou algo muito tocante, quando a Sra. fala que: “Será que teremos que considerar estas pessoas como pessoas de segunda classe? Essas famílias como pessoas de segunda classe?”. Pois é o que está acontecendo hoje.

Essas pessoas vão nos bancos de sangue ajudar o próximo, efetivar o seu direito de cidadania, e saem de lá com um não, pelo simples fato de serem quem são e isso é totalmente contrário com os tratados propostos, que o próprio Brasil é propositor, desde Durban, tratados internacionais de direitos humanos, inclusive com o reconhecimento da ONU, em 2011, dos direitos LGBTI, como direitos humanos. Então se os direitos LGBTI são direitos humanos, logo, há, assim, claro ataque com relação a essas pessoas.

Queria dizer, também, que a Cruz Vermelha Americana, a Associação Americana de Banco de Sangue também suprimiram tal orientação.

E, já finalizando, ataca-se o direito à liberdade, direito à dignidade, não-discriminação, e queria aqui pontuar o princípio da proporcionalidade, a pedido do GADVS, Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual, que o nosso querido Paulo Iotti não pode vir aqui hoje, mas ele pediu pra eu falar isso.

O que se ataca é desproporcional. O que visa, realmente, é a segurança daquela pessoa receptora do sangue, mas o que se ataca é a orientação sexual das pessoas.

Então eu deixo aqui uma reflexão aos senhores. Será que é essa a sociedade que a gente quer pro nosso país? Uma sociedade que discrimina, uma sociedade que exclui... Ou que a gente, então, finalmente, vamos considerar essas pessoas como verdadeiros cidadãos, com a possibilidade de ajudar o próximo?

Muito obrigado.

Ministra Carmen Lúcia: Agradeço a Vossa Excelência.

Convido a falar, pelo grupo Dignidade pela Cidadania de Gays Lésbicas e Transgênero, *amicus curiae*, o Dr. Rafael dos Santos Kirchhof. Vossa Excelência tem também até cinco minutos para se pronunciar e tem a palavra.

Rafael dos Santos Kirchhof: Muito obrigado.

Excelentíssima Sra. Presidente, Ministra Carmen Lúcia, na pessoa de quem eu cumprimento a todas e todos os Ministros e aos demais presentes.

Essa é mais uma ocasião em que nós, LGBTI, vimos a esta Corte reivindicar que nos sejam assegurados os mesmos direitos que toda população tem.

Agora, nesse momento, nessa ação, especialmente homens gays, homens bissexuais e mulheres trans, identidades que estão abarcadas pela categoria epidemiológica HSH, porque também nos é negado o direito de doar sangue.

É incontestável o desejo de construção de uma sociedade em que todos possam gozar de uma vida com padrões de saúde elevados. Contra isso ninguém se oporia.

A regra que proíbe de serem doadores de sangue homens que fizeram sexo com outros homens nos últimos 12 meses, em tese, ela pretende se inserir nesse quadro. Porém a constitucionalidade deste parâmetro é o que vem sendo questionado nesta ação, por se respaldar em argumento discriminatório e, portanto, violador dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da proibição de discriminação por orientação sexual.

E ninguém se opõe, também, há uma necessidade de um rigoroso processo de triagem em razão da janela imunológica. O raciocínio aqui deveria ser simples; no prazo abrangido pela janela imunológica, a pessoa que se apresenta aos bancos de doação de sangue deveria declarar a sua aptidão em razão dos critérios elegidos pela própria regra, quais sejam a ausência de alta rotatividade de parceiros sexuais e a prática de sexo seguro.

O que está em discussão não é tanto a qualidade sanguínea que chega aos cofres de armazenamento, mas a qualificação sexual daquele que se habilita como doador.

De acordo com o mapa epidemiológico, em 2015, a principal via de transmissão do HIV em indivíduos adultos foi a sexual, tanto em homens quanto em mulheres, sendo que entre homens observou-se o predomínio da categoria de exposição heterossexual.

Esta constatação é capaz de apontar o duplo equívoco da regra proibitiva. O primeiro relaciona-se ao equívoco de ordem jurídico-constitucional, na medida em que sua atuação promove uma hierarquia entre o sangue de indivíduos heterossexuais e os de HSH. O segundo equívoco se relaciona a uma distorção, não de ordem jurídica, mas da própria efetividade da política de saúde. Apesar de se direcionar apenas a HSH, verificamos que há uma curva crescente de casos de transmissão do vírus não apenas neste grupo, mas também em outros não considerados pela norma, como em mulheres e homens heterossexuais.

Neste sentido, a circunscrição dos indivíduos no grupo de risco parte de um viés atrelado a estereótipos emergentes quando da eclosão da AIDS, tida naquele momento como “câncer gay”, e insere-se em uma rede de novas estigmatizações.

A conclusão a que se pode chegar é que a regra, além de maculada pelo vício de inconstitucionalidade, pois que discriminatória, insere-se numa política de controle de prevenção ineficaz, em razão da própria discriminação.

Sendo assim, parece-me importante questionar por que não se produziram dados relativos à contaminação com pessoas que praticam sexo com proteção. Um exemplo do caráter enviesado da ideia de HSH como grupo de risco e que descortina os discursos que fundamentam a regra é colhido da manifestação da Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular. Para esta entidade, o objetivo da presente ação seria o de impor ao outro indivíduo que aceite sangue de HSH, o que seria uma espécie de “altruísmo impositivo”, nas palavras da entidade. Colhe-se da sua defesa, em verdade, que é um temor de compartilhar do mesmo tecido do corpo de HSH, ao propor que a intenção seria, diz ela: “impor o transplante de tecido seu, isto é, de HSH, em outro indivíduo”.

Além disso, a regra acaba por revelar uma proibição das próprias relações afetivas sexuais àqueles aos quais se dirige. Ao exigir a abstinência sexual por doze meses, ela afronta diretamente os direitos à igualdade e o de busca da felicidade, fundamentos já invocados por esta corte, para reconhecer o direito à união estável entre duas mulheres e entre dois homens.

É que para alcançar um direito, o de doar sangue, é negado outro, o de viver e expressar sua efetividade e a sexualidade livremente.

Finalmente eu gostaria de destacar um último ponto. O HIV como uma realidade complexa. Um indicativo de que o combate à contaminação se mostra tão mais eficaz quanto mais as metodologias de prevenção se afastarem da tentativa de eleger inimigos ou grupos de indivíduos como fatores de maior risco. O que não se percebe é que o HIV e a AIDS devem ser compreendidos...

Ministra Carmen Lúcia: Peço a Vossa Excelência, por favor, que conclua.

Rafael dos Santos Kirchhof: Obrigado, Excelência.

AIDS devem ser compreendidos no interior de uma rede de vulnerabilidades, em que devem se considerar vários fatores, como já foram destacados aqui pelo autor da ação.

E essas são as razões que o grupo Dignidade trás para pedir a procedência da ação.

Muito obrigado.

01:07:40

01:18:45

Ministra Carmen Lúcia: Convido a falar pelo Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília, o Dr. César Britto. Vossa Excelência também tem até cinco minutos para se pronunciar e está com a palavra.

Cézar Britto: Muito obrigado, Sra. Presidente, Sres. Ministros, Sr. Relator, Nobre Procuradora, colegas advogados, servidores da casa que tenho a honra de representar como seu advogado.

Antes de iniciar a tribuna, faço um registro que recebi alegação da Dra. Berenice, que ia sustentar em nome da OAB e, não comparecendo, juntou agora o substalecimento e, também, com muita honra, falo em nome da Ordem de Advogados do Brasil.

Quando nós discutimos este tema, o Diretório acadêmico, o Rexistir, Corpolítica, estes órgãos que começaram a debater este tema tão importante, uma pergunta surgia: “qual a razão de se perguntar se uma pessoa teve relação com outra para fins de doação, se um homem fizer a relação sexual com um homem no último ano, qual a razão desta pergunta?”.

E esta pergunta se responde: “e se eu disser não, qual a consequência disto”? Não se terá mais um exame final do sangue? Meu sangue não será testado pela minha resposta no não”? Evidentemente que não. A janela imunológica, que se diz que é importante, deixará de ser aplicada? Porque se deixar de ser aplicada, todos nós aqui, todos nós, sem exceção, poderemos receber sangues contaminados.

Então não é essa pergunta, não é essa resposta. O “não” não tem eficácia absolutamente nenhuma, a segurança não está na resposta.

Mas a pergunta trás um conteúdo que, por si só, fere um princípio constitucional, que é o da igualdade entre as pessoas, princípio que é repetido por diversas vezes.

Mas se eu disser: “sim, eu tive relação”, se aquele que procura doação do seu sangue disser sim, qual a consequência desta pergunta?

Aqui já foi exposto, o preconceito assumido e pré-assumido na pergunta e na consequência no tratamento que se dá ao preconceito no Brasil. Não sem razão a Constituição cidadã, no seu preâmbulo, ali escreve expressamente que deseja uma sociedade sem preconceito. A resposta “sim” a uma pergunta que, por si só, é preconceituosa fere, claramente, o preâmbulo da nossa Constituição.

E mais além, e aqui já foi exposto, não há nada mais solidário, nada mais importante do que doar sangue para quem ama. Doar o sangue é o símbolo mais simbólico das pessoas, doar-se, doar o sangue para quem dele precisa.

A resposta “sim” impede a efetividade de outro princípio que está lá na Carta Constitucional, no preâmbulo; a fraternidade. Impede-se que as pessoas sejam fraternas com quem ama, com quem gosta. Não se pode doar à mãe, não se pode doar ao irmão, não se pode doar a quem quer que seja pela resposta a uma pergunta claramente preconceituosa.

E aí fere também o inciso I, do art. 3º, que também fala da sociedade solidária. Uma pergunta que fere o princípio constitucional da igualdade impede a efetivação dos demais princípios.

Este é o tema que nós estamos debatendo. A Constituição que nós sonhamos, solidária, fraterna, só vale para alguns? Esta pergunta teria que ser feita? Evidentemente

que não. A resposta é muito simples, a resposta o Supremo já deu, quando aqui desta tribuna o Ministro Barroso trás o tema e fala que a questão sexual não tem mais importância nesta Constituição, quando fala da afetividade. Nós estamos aqui tratando de um princípio constitucional da afetividade, da solidariedade, decorrente do princípio da igualdade.

Quando nós conversamos este tema, o movimento estudantil, com todos os estudantes, foi um dos temas mais bonitos que ali se teve e o reflexo é esta ação.

Eu tenho certeza, não tenho dúvida nenhuma, que o Tribunal que ensinou ao mundo de que a afetividade a que deve pautar as nossas relações não permitirá que cada vez que alguém for exercer o seu dever de ser fraterno seja defrontado com a pergunta, que, quando sair dali, qualquer que seja a resposta, estará marcado pelo preconceito que ainda mata no Brasil.

Muito obrigado, Excelência.

01:24:09